

Die Repudiation im englischen Vertragsrecht

INAUGURAL-DISSERTATION
zur
Erlangung der juristischen Doktorwürde
dem
Fachbereich Rechtswissenschaften
der Philipps-Universität zu Marburg

vorgelegt von
Peter Hermann Feuerstein
Rechtsreferendar
aus Worms/Rhein

Marburg 1977

Die Repudiation im englischen Vertragsrecht

INAUGURAL-DISSERTATION
zur
Erlangung der juristischen Doktorwürde
dem
Fachbereich Rechtswissenschaften
der Philipps-Universität zu Marburg

vorgelegt von
Peter Hermann Feuerstein
Rechtsreferendar
aus Worms/Rhein

Marburg 1977



Als Dissertation von dem Fachbereich Rechtswissenschaften
angenommen am: 25.1.1977

Berichterstatter: Professor Dr. Leser

Mitberichterstatter: Professor Dr. Vollkommer

Tag der mündlichen Prüfung: 8.Febr.1977

G l i e d e r u n g

	pagina
Schrifttum	III
Abkürzungen	XI
Verzeichnis der englischen Entscheidungen	XIV
Einleitung	XXIV
<u>1. Kapitel:</u> Grundlagen und Voraussetzung der Repudiation	1
I. Breach of Contract	1
1. Begriff und Definition des 'Breach'	1
2. Unterscheidung nach dem Charakter der verletzten Vertragsbestimmung und der Folge der Verletzungshandlung	3
a. Einteilung der Vertragsbestimmungen in 'Condition' und 'Warranty'	4
b. Einfluß der Verletzungshandlung auf das Vertragsverhältnis	7
3. Bedeutung des Zeitfaktors im Vertragsablauf	12
II. Anticipatory Breach of Contract	15
1. Begriff und Definition des 'Anticipatory Breach'	15
2. Leading Cases	16
3. Anerkennung als breach mit oder ohne 'Acceptance' des Gläubigers	18
III. Misrepresentation	23
1. Begriff der misrepresentation	24
2. Formen der Misrepresentation	26
3. Mere Misrepresentation	29

<u>2. Kapitel:</u>	Lösung des ursprünglich vereinbarten Austauschverhältnisses und Umwandlung in ein Abwicklungsverhältnis	33
I.	Beendigung der Repudiation - Situation allgemein	33
1.	Automatische Beendigung	34
2.	Beendigung der Repudiation durch 'Option'	37
a.	Begriff und Bedeutung der 'Option'	37
b.	Ausübung der 'Option' durch den Gläubiger	42
II.	Rescission after misrepresentation	49
1.	Beschränkung in der Ausübungsmöglichkeit der rescission	51
a.	Restitutio in integrum	52
b.	Ausschluß durch Rechte Dritter	55
c.	Andere Sperren vor dem Misrepresentation Act 1967	55
2.	Verhältnisse bei 'mere misrepresentation' - 'incorporated misrepresentation'	57
3.	Rückaustausch der Leistungen und das Verhältnis zum Schadenersatzanspruch	60
III.	Rescission after Breach of Contract	63
1.	Beendigung des Primärleistungsverhältnisses	64
2.	Beschränkung der Ausübungsmöglichkeit	68
3. a.	Restitutio in integrum	69
b.	Vertragserfüllung	73
c.	Eigentumsübertragung	75
3.	Rückaustausch der Leistungen	76
<u>3. Kapitel:</u>	Affirmation of the Contract	82
I.	Vorgang der Affirmation	83
II.	Schadenersatz	88
1.	Mitigation	90
III.	Specific Performance	93
1.	Voraussetzung der Gewährung der 'Specific performance'	94
2.	Die Entscheidung Beswick v. Beswick als Wendepunkt	97
<u>Schlußbetrachtung</u>		99

S c h r i f t t u m

- Allan, D. The scope of the contract.
 (1967) 41 A.L.J.274.
- Anonymus The election theory of relations following
 anticipatory repudiation of contract.
 (1937) 37 Col.L.R.610.
- Anson-Guest Anson's Law of Contract.
 24th edn. Oxford 1975.
- Atiyah, P.S. An introduction to the Law of Contract.
 2nd edn. Oxford 1971.
- Atiyah, P.S. The Sale of Goods.
 4th. edn. London 1974.
- Atiyah-Treitel Misrepresentation Act.
 (1967) 30 M.L.R.
- Baker, J.H. Construction of condition.
 (1973) 32 C.L.J.196.
- Ballantine, H.W. Anticipatory breach and the enforcement of
 contractual duties.
 (1922) 22 Mich.L.R.329 = Selected Readings on
 the Law of Contract New York 1931, p.1072.
- Buckland, W.W. The nature of contractual obligation.
 (1944) 8 C.L.J.247.
- Buckland-Mc.Nair Roman Law and Common Law.
 2nd edn. Cambridge 1952.
- von Caemmerer, E. Bereicherung und unerlaubte Handlung.
 In: Festschrift für E.Rabel Bd I, Tübingen 1954,
 p.333.

- von Caemmerer, E. Das deutsche Schuldrecht und die Rechtsvergleichung. Zum Tode von E.Rabel.
NJW 1956, 569 = Gesammelte Aufsätze I, p.3.
- Cheshire and Fifoot's, Law of Contract.
8th edn. London 1972.
- Chitty On Contracts.
23rd edn. vol.1, London 1968.
- Clarke, M.A. Damages for pre-contract expenditure.
(1972) 30 C.L.J.22.
- Cohen The basis of contract.
(1933) 33 Harv.L.R.46.
- Coote, B. The effect of discharge by breach on
exception clauses.
(1970) 28 C.L.J.221, 240.
- Coote, B. Exception clauses.
London 1964.
- Coote, B. The rise and fall of fundamental
breach.
(1966) 40 A.L.J.336.
- Corbin, A.L. On Contracts.
St.Paul 1964.
- Cross, R. Precedent in English Law.
2nd edh. Oxford 1968.
- Denning, A. Quantum meruit.
(1941) 55 L.Q.R.54.
- Devlin, P. The treatment of breach of contract.
(1966) 24 C.L.J.192.

- Dias, R.W.M. Trouble on oiled waters - problems of the
Wagon Mound.
(1966) 24 C.L.J.62.
- Drake, C.D. Fundamentalism in contract.
(1967) 30 M.L.R.531.
- Esser, J. Grundsatz und Norm.
3.Aufl. Tübingen 1974.
- Friedmann, W. Die Bereicherungshaftung im anglo-amerikanischen
Rechtskreis.
Berlin - Leipzig 1930.
- Friedmann, W. Law in a changing society.
2nd edn. Harmonsworth 1972.
- Friedmann, W. Legal Theory.
5th edn. London 1967.
- George, P.W. Damages for anticipatory breach of contract.
(1971) J.Bus.L.109.
- Goff-Jones The Law of Restitution.
London 1966.
- Goldberg, G.D. Is frustration invariably automatic?
(1972) 88 L.Q.R.464.
- Goodhart, A.L. Measure of damages when a contract is repudiated.
(1962) 78 L.Q.R.263.
- Gottschalk Impossibility of performance.
London 1938.
- Greig, D.W. Condition - or warranty.
(1973) 89 L.Q.R.93.

- Hart and Honoré Causation in the Law.
Oxford 1973.
- Halsbury The Laws of England.
3rd edn. London 1952-1964.
- Hammelmann, H.A. Seddon v. North Eastern Salt Co.
(1941) 55 L.Q.R. 90.
- Hamson, C.J. Contract and tort: measure of damages.
(1968) 26 C.L.J. 15.
- Holmes, O.W. The Common Law.
Boston 1881.
- James, P.S. Innocent misrepresentation - an unanswered
challenge.
(1963) J.Bus.L. 207, 319.
- Jenkins, D. The essence of the contract.
(1969) 27 C.L.J. 251.
- Lawson, F.H. Introduction to the Law of Property.
Oxford 1958.
- Lawson, F.H. Remedies of English Law.
Harmondsworth 1972.
- Leser, H.G. Die Erfüllungsweigerung. In: Jus Privatum
Gentium, Bd II, p. 643.
Tübingen 1969.
- Leser, H.G. Der Rücktritt vom Vertrag.
Tübingen 1975.
- Leser, H.G. Die Vertragsaufhebung im Einheitlichen Kaufge-
setz. In: Kolloquium zum 65. Geburtstag von
E.v. Caemmerer.
Karlsruhe 1973, p. 1.

- Mc.Elroy-Williams** Impossibility of performance.
Cambridge 1941.
- Mc.Gregor** On Damages.
13th edn. London 1972.
- Maitland, F.W.** The forms of action at common law.
Cambridge 1971.
- Megarry, R.E.** Miscellany-at-law I.
London 1955.
- Montrose, J.L.** Some problems about fundamental terms.
(1964) 22 C.L.J.60, 254.
- Morison, C.B.** Principles of rescission of contracts.
London 1916.
- Morison, C.B.** Rescission of executory contracts for partial
failure in performance.
In: Selected Readings on the Law of Contracts,
New York 1931, p.918.
- Nienaber, P.M.** The effect of anticipatory repudiation:
principle and policy.
(1962) 20 C.L.J.213.
- Nienaber, P.M.** Anticipatory repudiation in English and South
African Law of Contracts.
Diss. Cambridge 1961.
- Pickering, M.** The remoteness of damages in contract.
(1968) 31 M.L.R.203.
- Pollock, F.** Jurisprudence and Legal Essays.
London 1961.
- Pound, R.** Introduction to the philosophy of law.
New Haven 1954.

- Rabel, E. Das Recht des Warenkaufs. Eine rechtsvergleichende Darstellung, Bd I.
Berlin 1964.
Bd II. Berlin-Tübingen 1958.
- Reynolds, F.M.B. Warranty, conditon and fundamental term.
(1963) 79 L.Q.R.534.
- Rheinstein, M. Die Struktur des vertraglichen Schuldverhältnisses im anglo-amerikanischen Recht.
Berlin-Leipzig 1932.
- Rothoeft, D. System der Irrtumslehre als Methodenfrage der Rechtsvergleichung.
Tübingen 1968.
- Salmond On the Law of Torts.
16th edn. London 1973.
- Salmond-Williams Principles of the Law of Contract.
2nd edn. London 1945.
- Samek, R.A. The relevant time of foreseeability of damage in contract.
(1964) 38 A.L.J.125.
- Sayn-Wittgenstein,Allgemeine Geschäftsbedingungen im englischen
S., Prinz zu Recht.
Diss. Marburg 1969.
- Sedgwick On Damages.
1st edn. 1847.
- Silberberg, H. The doctrine of fundamental breach revisited.
(1971) J.Bus.L.197.
- Spencer Bower Actionable misrepresentation.
3rd edn. London 1974.

- Stoll, H. The Wagon Mound. In: Von deutschem zu
 europäischem Recht.-
 Festschrift für Hans Dölle,
 Bd I. Köln 1963, p.371.
- Stoljar, S.J. The contractual concept of condition.
 (1955) 69 L.Q.R.485.
- Stoljar, S.J. The doctrine of failure of consideration.
 (1959) 75 L.Q.R.53.
- Stoljar, S.J. Mistake and Misrepresentation.
 London 1968.
- Street, H. Principles of the Law of Damages.
 London 1962.
- Supreme Court Practice.
 vol.1, London 1973.
- Sutton and Shannon, On Contracts.
 7th edn. London 1970.
- Tabachnik, E. Anticipatory breach of contract.
 (1972) C.L.P.149.
- Tiplady, D. The Angelia.
 (1973) 89 L.Q.R.465.
- Treitel, H.G. Damages for deceit.
 (1969) 32 M.L.R.556.
- Treitel, H.G. The Law of Contract.
 4th edn. London 1975.
- Treitel, H.G. Some problems of breach of contract.
 (1967) 30 M.L.R.139.
- Treitel, H.G. Specific performance in the Sale of Goods.
 (1966) J.Bus.L.211.

- Vold, L. Anticipatory repudiation of contracts and
necessity of election.
(1926) 26 Mich.L.R.502.
- Washington, G.T. Damage in contract at common law.
(1934) 47 L.Q.R.345; (1935) 48 L.Q.R.90.
- Weir, J.A. Nec tamen consumeatur ...-frustration and
limitation clauses.
(1970) 28 C.L.J.189.
- Williams, G. Language and the law.
(1947) 61 L.Q.R.71, 179, 293, 384.
- Williston, S. A treatise on the Law of Contracts.
3rd edn. Mount Kisco 1957, 1959.
- Zweigert-Kötz Einführung in die Rechtsvergleichung. Bd II.
Tübingen 1969. Bd I. Tübingen 1971.

A b k ü r z u n g e n

A.C.	Appeal Cases (seit 1890)
A.L.J.	Australian Law Journal
All E.R.	All England Reports (seit 1936)
App.Cas.	Appeal Cases (1875-90)
B.	Baron of the Exchequer, Mitglied des ehemaligen Court of Exchequer
B.& Ad.	Barnwell & Adolphus (1830-34)
Beav.	Beavan, Rolls Court (1838-66)
B.& S.	Best & Smith (1861-69)
C.B.	Crown Baron
C.B.N.S.	Common Bench, New Series (1856-65)
Ch.	Chancery Division (seit 1891)
Ch.App.	Chancery Appeal Cases (1865-75)
Ch.D.	Chancery Division (1875-90)
c.Litt.	Coke on Littleton
C.L.J.	Cambridge Law Journal
C.L.P.	Current Legal Problems
Col.L.R.	Columbia Law Review.
Com.Cas.	Commercial Cases (1895-1941)
Cmd.	Command Papers, Nummer unter der die Veröffentlichungen des "Her Majesty's Stationary Office" erscheinen
C.P.D.	Common Pleas Division (1875-80)
East.	East's Term Reports (1800-12)
E.& B.	Ellis & Blackburn (1852-59)
Ex.	Exchequer (1832-1949)

Hy.Bl.	Henry Blackstone (1788-96)
J.	Justice
J.Bus.L.	Journal of Business Law
K.B.	King's Bench (seit 1891)
L.J.	Lord Justice
L.J.Ch.	Law Journal, Chancery (1832-1949)
Lloyd's Rep.	Lloyd's List Law Reports (seit 1951)
Ll.L.R.	Lloyd's List Law Reports (1919-50)
L.Q.R.	Law Quaterly Review
L.R.C.P.	Law Reports, Common Pleas (1865-75)
L.R.Eq.	Law Reports, Equity Cases (1865-75)
L.R.H.L.	Law Reports, House of Lords (1865-75)
L.T.	Law Times Reports (1859-1947)
L.T.R.	
Mich.L.R.	Michigan Law Review
M.L.R.	Modern Law Review
M.R.	Master of the Rolls
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
op.cit.	opus cited
p.	pagina
para.	Paragraph
per curiam	By the Court
Q.B.	Queen's Bench (seit 1891)
Q.B.D.	Queen's Bench Division (1875-90)

seq.	sequentes
s.,ss.	section, sections
S.G.A.1893	Sales of Goods Act 1893
T.L.	Times Law Reports (1884-1952)
T.L.R.	
vgl.	vergleiche
W.L.R.	Weekly Law Reports (seit 1953)
W.N.(P.C.)	Weekly Notes (Privy Council)
z.B.	zum Beispiel

Verzeichnis der Gesetze

Misrepresentation Act 1967 (22 Statutes 675)

Sales of Goods Act 1893 (30 Statutes 6)

Verzeichnis der englischen Entscheidungen

	pagina
Abram Steamship Co. v. Westville Shipping Co. (1923) A.C.773.	48,49,69
Adam v. Newbigging (1888) 13 App.208.	54
Allen v. Robles (1969) 1 W.L.R. 1193.	48
Angel v. Jay (1911) 1 K.B.666.	56
Armstrong v. Jackson (1917) 2 K.B.822.	54
Ashmor & Son v. C.S. Cox & Co. (1899) 1 Q.B.436.	44
Avery v. Bowden (1955) 5 E.& B.714; (1856) 6 E.& B.953.	86
Bank Line, Ltd. v. A.Capel & Co. (1919) A.C.435.	8,36
Bannerman v. White (1861) 10 C.B. N.S.844.	27
Barclay v. Messenger (1874) 43 L.J.Ch.449.	13
Barrick v. Buba (1857) 2 C.B.N.S.561.	43
Beatty v. Lord Ebury (1872) 7 Ch.App.777.	25
Behn v. Burness (1863) 3 B. & S.751.	24,28
Behnke v. Bede Shipping Co. (1927) 1 K.B.649.	95
Bentson v. Taylor, Sons & Co. (1893) 2 Q.B.274.	6, 7,82
Berners v. Fleming (1925) Ch.264.	43,46

Beswick v. Beswick (1968) A.C.58	96,97,98
Blackburn v. Smith (1848) 2 Ex.783.	53
Bolton v. Mahadeva (1972) 1 W.L.R.1009.	14
Boone v. Eyre (1777) Hy.Bl.273n.	7,74
Boston Deep Sea & Ice Co. v. Ansell (1888) 39 Ch.D.339.	41,43
Bradley and Others v. Newsom (1919) A.C.16	15,39
Briess v. Wooley (1954) A.C.333.	26
British & Benningtons, Ltd. v. North Western Cachar Tea Co. (1923) A.C.48	41
British Electrical and Associated Industries (Cardiff) v. Ratley Pressings (1953) 1 W.L.R.280.	19,20
British Westinghouse Co. v. Underground Electric Railway Co. of London (1912) A.C.673.	90,92
Butterworth v. Kingsway Motors (1954) 1 W.L.R.1286	72
Byrne Co. v. Leon van Tienhoven & Co. (1880) 5 C.P.D.344.	37
Car and Universal v. Caldwell (1965) 1 Q.B.525.	43,60,84
Chanter v. Hopkins (1838) 4 M. & W.399.	3
Charterhouse Credit Co., Ltd. v. Tolly (1963) 2 All E.R.432.	84,85
Clarke v. Dickson (1858) E.B. & E.148.	52,53
Cleadon Trust v. Davies (1940) 1 Ch.940	96
Clough v. London & North Western Ry. (1871) L.R.7 Ex.26.	34,47,55

	pagina
Combe v. Combe (1951) 2 K.B.215.	41
Constantine (Joseph) SS. Line v. Imperial Smelting Co., Ltd. (1942) A.C.154.	35
Cort v. Ambergate, etc. Co. (1851) Q.B.127.	43
Couchman v. Hill (1947) K.B.554.	5
Coulls v. Bagot's Executer and Trustee Co., Ltd. (1967) 40 A.L.J.471.	98
Cricklewood Property and Investment Trust, Ltd. v. Leighton's Investment Trust, Ltd. (1945) A.C.221.	66
Czarnikow v. Konfus (1966) 2 W.L.R.1397.	65
Damont v. Gevers (1914) C.P.D.140.	45
Danube & Black Sea v. Xenos (1863) 31 L.J.C.P.284.	43
Darbishire v. Warren (1963) 3 All E.R.310.	89,91,92,95
Davenport v. R. (1877) 3 App.Cas.131.	21
Decro-Wall International, S.A. v. Practioners in Marketing, Ltd. (1971) 1 W.L.R.361.	39
Denmark Prod., Ltd. v. Boscobol Prod., Ltd. (1919) 1 Q.B.699.	40,41,64
Derry v. Peek (1889) 14 App.Cas.337.	29
Dick Bentley Prod., Ltd. v. Harold Smith (Motors), Ltd. (1965) 1 W.L.R.623.	28
Dies v. British and International Mining Co. (1939) 1 K.B.724.	77,79
Dunkirk Coliery Co. v. Lever (1878) 9 Ch.D.20.	91

	pagina
Re Eastgate (1905) 1 K.B.465.	44
Ellis & Co.'s Trustee v. Dixon-Johnson (1924) Ch.342.	46
Erlanger v. New Sombrero Phosphate Co. (1878) 3 App.Cas.1218.	47,52,53
Etablissements Chainbaux S.A.R.L. v. Harbormaster, Ltd. (1955) 1 Lloyd's Rep.303.	82
Evans Marshall & Co., Ltd. v. Bertola S.A. (1973) 1 W.L.R.349.	97
Farnworth Finance Facilities, Ltd. v. Attryde (1970) 1 W.L.R.1053.	83
Fibrosa Spolka Akcyjna v. Fairbain Lawson Combe Barbour, Ltd. (1943) A.C.170.	42,71
Finkelkraut v. Monohan (1949) 2 All E.R.234.	14
First National Reinsurance Co., Ltd. v. Greenfield (1921) 2 K.B.260.	46
Frost v. Knight (1872) L.R.7 Ex.111; (1870) L.R.5 Exch.322.	17,18,20 21,34,85
Galbraith v. Mitschenall Estates, Ltd. (1965) 2 Q.B.473.	80
General and Finance Facilities, Ltd. v. Cooks Cars (Romford), Ltd. (1963) 1 W.L.R.644.	78
General Billposting Co., Ltd. v. Atkinson (1909) A.C.118.	45
Glasgow and South Western Ry. v. Boyd & Forrest (1915) A.C.526.	60
Gross v. Lewis Hillman (1970) Ch.445.	25
Gueret v. Adorny (1893) 62 L.J.Q.B.633.	43
Hadley v. Baxendale (1854) 9 Exch.342.	89
Hain SS.Co., Ltd. v. Tate & Lyle, Ltd. 41 Com.Cas.350.	84

Halkett v. Earl of Dudley (1907) 1 Ch.590.	46,96
Harbutt's Plasticine, Ltd. v. Wayne Tank and Pump Co., Ltd. (1970) 1 Q.B.447.	16,35,63 67,74,86
Hardwick Game Farm v. Suffolk Agricultural, etc., Association (1966) 1 W.L.R.287.	14,36,65,77
Hardy & Co., Ltd. v. Hillerns & Fowler (1923) 2 K.B.490.	44
Hare v. Nicoll (1966) 2 Q.B.130.	13
Harrison v. Knowles & Foster (1917) 2 K.B.606.	6
Hasham v. Zenab (1960) A.C.316.	17
Head v. Tattersall (1871) L.R.7 Ex.7.	70
Hedley Byrne & Co., Ltd. v. Heller & Partners, Ltd. (1964) A.C.465.	30.50
Heilbut, Symons & Co. v. Buckleton (1913) A.C.30.	28
The Heron II (1969) 1 A.C.350.	65
Heyman v. Darwins, Ltd. (1942) A.C.356.	37,63,65
Hill v. C.A.Parsons & Co., Ltd. (1971) 3 All E.R.1345; (1972) Ch.305.	39,97
Hirji Mulji v. Cheong Yue (1926) A.C.497.	35,36
Hochster v. De la Tour (1853) 2 E. & B.678.	16,22,65
Hoenig v. Isaacs (1952) 2 All E.R.176.	79
Hongkong Fir Shipping Co. v. Kawasaki Kisen Kaisha, Ltd. (1962) 2 Q.B.26.	3, 5, 8 10,14,19,64

	pagina
Howard v. Pickford Tool (1951) 1 K.B.417.	19,45
Hunt v. Silk (1804) 5 East 449.	53,65,69
Hymans v. Odgen (1905) 1 K.B.246.	78
Johnstone v. Milling (1886) 16 Q.B.D.460.	15,18,37
Karberg's Case (1892) 3 Ch.1.	62
Kish v. Taylor (1912) A.C.604.	43
Kwei Tek Chao v. British Traders & Shippers, Ltd. (1954) 2 Q.B.480.	27
Lamare v. Dixon (1873) L.R.6H.L.414.	94
Law v. Law (1905) 1 Ch.140.	48
Leaf v. International Galleries (1950) 2 K.B.86.	47,56,57
L.E.P. Air Services, Ltd. v. Rolloswin (1971) 1 W.L.R.934.	67
Lloyds and Scottish Finance v. Modern Cars and Caravans (Kingston) (1966) 1 Q.B.764.	92
Lock v. Bell (1931) 1 Ch.35.	13
Re The London and Provincial Electrical Lightning and Power Co., Ltd. (1886) 55 L.T.670.	48
Long v. Lloyd (1958) 1 W.L.R.753.	56
Lovelock v. Franklin (1846) 8 Q.B.371.	16
Maradelanto Compania Vaviera S.A. v. Bergbau-Handel GmbH; The Mihalís Angelos (1971) 1 Q.B.164.	11,16,19 22,37,66

Mathias v. Yetts (1882) 46 L.T.497.	25
The Medina (1900) A.C.113.	89
Melachrino v. Nicholl & Knight (1923) 1 K.B.693.	92
The Mersey Steel and Iron Co. v. Naylor, Benzon & Co. (1884) 9 App.Cas.434.	37,41
Michael v. Hart (1902) 1 K.B.482.	34,37
Moses v. Macferlan (1760) E.R.676.	76
Newbigging v. Adam (1886) 34 Ch.D.582.	50,60,61,62
Nicholl v. Ashton (1901) 2 K.B.126.	36
Oakes v. Turquand and Harding (1867) L.R. 2H.L.325.	55
Omnium D'Enterprise v. Sutherland (1919) 1 K.B.618.	16
Oscar Chess, Ltd. v. Williams (1957) 1 W.L.R.370.	5,28,47
Panchaud Frères S.A. v. Etablissements General Grain Co. (1969) 2 Lloyd's Rep.109.	73
Payzu, Ltd. v. Saunders (1919) 2 K.B.581.	91,93
Peek v. Gurney (1883) L.R.6H.L.377.	25
Pennsylvania Shipping Co. v. Compagnie Nationale de Navigation (1936) 2 All E.R.1167.	27,57
Reardon Smith Line, Ltd. v. Ministry of Agriculture (1963) A.C.691.	38
Redgrave v. Hurd (1881) 20 Ch.D.1.	53,62

	pagina
Reese River Silver Mining Co. v. Smith (1869) L.R.4H.L.64.	43
Reid v. Hoskins (1856) 5 E.& B.729.	42
Rickards (Charles), Ltd. v. Oppenheim (1950) 1 K.B.616.	13,49
Robinson v. Harman (1848) 1 Ex.850.	89
Robophone Facilities, Ltd. v. Blank (1966) 1 W.L.R.287.	65
Roper v. Johnson (1873) L.R.8C.P.167.	22
Rowland v. Dival (1923) 2 K.B.500.	69,70 72,78,84
Re Russian (Vyksounsky) Ironworks Co. (1867) L.R.3Eq.790	48
H.R. Sainsbury, Ltd. v. Street (1972) 1 W.L.R.834	36
Scarf v. Jardine (1882) 7 App.Cas.345.	48,49
In re Scarth (1874) 10 Ch.App.234.	78
Schuler AG v. Wickman Machine Tool Sales, Ltd. (1973) 2 W.L.R.683.	11
Seddon v. North Eastern Salt Co. (1905) 1 Ch.326.	56
Senanayake v. Cheng (1966) A.C.63.	54
Sinason-Teicher Inter-American Grain Corp. v. Oilcakes & Oilseeds Trading Co., Ltd. (1954) 1 W.L.R.935.	82,87
Smeaton Hanscombe & Co., Ltd. v. Sasson J.Setty & Co. (1953) 1 W.L.R.1468.	3

Smith v. Land & House Property Corp. (1884) 28 Ch.D.7.	25
Société Générale de Paris v. Milders (1883) 49 L.T.55.	46
Société Maritime et Commerciale v. Venus Steamshipping Co. (1904) 9 Com.Cas.289.	45
Spence v. Crawford (1939) 3 All E.R.271.	53,54,69
Stach (Ian), Ltd. v. Bosley, Ltd. (1958) 2 W.L.R.419.	37
Steedman v. Fridgidaire Corp. (1932) W.N.248 (P.C.)	60
Stickney v. Keeble (1915) A.C.275.	13,94
Stockloser v. Johnson (1954) 1 Q.B.476.	79,80
Street v. Blay (1831) 2 B & Ad.456.	75
Sumpter v. Hedges (1898) 1 Q.B.673.	37,80
Sullivan v. Henderson (1973) 1 W.L.R.333.	94
Suisse Atlantique Société d'Armement Maritime S.A. v. Rotterdamsche Kolen Centrale (1966) 2 W.L.R.944; (1967) 1 A.C.361.	1, 2 6, 8,43,67 74,84,85,86
Tamplin SS. v. Anglo-Mexican Petroleum Co. (1916) 2 A.C.397.	45
Thorpe v. Fasey (1949) Ch.649.	65
Total Oil (Great Britain), Ltd. v. Thompson Garages (Biggin Hill), Ltd. (1972) 1 Q.B.318.	66
Tradegar Iron & Coal, Ltd. v. Hawthorn Bros. (1902) 18 T.L.R.716.	87

	pagina
United Dominions Trust, Ltd. v. Eagle Aircraft (1968) 1 W.L.R.74.	10,11,65
Universal Cargo Carriers Corp. v. Citati (1952) 2 Q.B.401.	5,20
Urquhart v. Macpherson (1878) 3 App.Cas.831.	84
Veithardt & Hall, Ltd. v. Ryland Bros., Ltd. (1917) 87 L.J.Ch.604.	42,43
Victoria Laundry v. Newman (1949) 2 K.B.528.	89
Vigers v. Cook (1919) 2 K.B.475.	38
Wade (Gabriel) & English v. Arcros (1929) 34 Ll.L.R.306.	84
Wallis, Son & Wells v. Pratt & Haynes (1910) 2 K.B.1003.	74,83,84
Walters v. Morgan (1861) 4 L.T.758.	94
R.V.Ward, Ltd. v. Bignall (1967) 1 Q.B.534.	13,85,86
White and Carter v. Mc.Gregor (1962) A.C.413.	19,38,39,87
Whiteley's Case (1900) 1 Ch.365.	55
Whittington v. Seale-Hayne (1900) 82 L.T.49.	61,62
Wilde v. Gibson (1848) 1 H.L.C.605.	56
Wilson v. United Counties Bank (1920) A.C.102.	92
With v. O'Flanagan (1936) Ch.575.	26
Yeoman Credit, Ltd. v. Apps (1962) 2 Q.B.508.	48,72,73

E i n l e i t u n g

Wie das deutsche Bürgerliche Gesetzbuch, so befaßt sich auch das englische Recht mit der Frage, unter welchen Umständen eine Störung des Vertrages so erheblich ist, daß dadurch der von den Parteien geplante Leistungsaustausch nicht mehr erreichbar erscheint und welche Rechtsfolgen aus derartigen Störungen entstehen sollen.

Entsprechend dem historischen Vorgang erfolgt in dieser Arbeit zunächst eine knappe Darstellung der möglichen Störungsformen nach englischem Vertragsrecht. Daran anschließend wird der Einfluß der verschiedenen Störungen auf den Vertrag selbst geschildert.

In der Darstellung des Entscheidungsrechts des vertragstreuen Partners über das Schicksal des Vertrages liegt der Schwerpunkt der Arbeit.

Die Lösung von der Erfüllungsverpflichtung (repudiation) und die Umwandlung des Vertrages in ein Abwicklungsverhältnis (rescission) dürfte für den deutschen Leser von besonderem Interesse sein, weil hier dem deutschen Recht vergleichbare Prinzipien zugrundeliegen.

Es begegnet aber auch die entgegengesetzte Entscheidung der enttäuschten Partei: sie will dennoch am Vertrag, also vor allem an der ursprünglichen Leistung festhalten. Welche Rechtsfolgen ein solches Festhalten (affirmation) des vertragstreuen Partners am Verträge hat, wird zum Abschluß dargestellt.

1. Kapitel: Grundlagen und Voraussetzung der Repudiation

I. Breach of Contract

1. Begriff und Definition des 'Breach'

Die Hauptkategorie der Leistungsstörungen wird im englischen Recht mit der Bezeichnung 'breach of contract' umschrieben.

Nach englischer Auffassung sind es drei Störungsformen, die das vereinbarte Verhaltensprogramm der Parteien derart beeinträchtigen, daß ihnen die Wirkungen eines Vertragsbruches zukommen.¹

Es handelt sich hierbei um 1) die Erfüllungsweigerung², 2) die Erfüllungsverfehlung im Zeitpunkt der Fälligkeit und 3) die Vornahme einer Handlung des Schuldners, die die weitere Vertragserfüllung unmöglich werden läßt.³

-
- 1) Die weitere Störungsform der Unmöglichkeit der Zweckerreichung (frustration) soll hier nicht behandelt werden. Da die Abgrenzung zum 'breach' manchmal fließend ist, wird aber im weiteren Verlauf der Arbeit, soweit erforderlich, darauf hingewiesen.
 - 2) Die Erfüllungsweigerung ist dabei sowohl a) im Zeitpunkt der Erfüllung selbst als auch b) vorher möglich, sog. 'anticipatory breach'; zum Ursprung der ersteren Form (a) vgl. Nienaber, The effect of anticipatory repudiation: principle and policy, (1962) 20 C.L.J. 213, 216 m.w.N.; die zweite Form (b) soll wegen ihrer besonderen Rechtsnatur gesondert behandelt werden, siehe unten II.
 - 3) Zum Beispiel den anderweitigen Verkauf einer Sache, vgl. Treitel, The Law of Contract, p.573. Die bei diesen Leistungsstörungen gebrauchte Terminologie ist unübersichtlich, da dieses Gebiet des Vertragsrechts einem starken Wandel unterworfen ist, der die Gerichte dazu veranlaßt hat, die alte Nomenklatur mit neuem Inhalt zu füllen oder gänzlich neue Begriffe einzuführen. Dies zeigt vor allem der Fall Suisse Atlantique Société d'Armement Maritime S.A. v. Rotterdamsche Kolen Centrale (1966) 1 A.C. 361 durch das House of Lords, der nicht nur auf das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, sondern auch auf das Vertragsrecht allgemein einen starken Einfluß ausgeübt hat; vgl. Drake, Fundamentalism of contract, (1967) 30 M.L.R. 531; Treitel, Contract, p.571, 148; Reynolds, Warranty, condition and fundamental term (1967) 79 L.Q.R. 534, 550; Allan, The scope of the contract, (1967) 41 A.L.J. 274; allgemein Atiyah, Contract, p.21.

Maßgeblich ist dabei, daß beim Gläubiger⁴ nicht diejenige Zweckerreichung eintritt, die der Schuldner durch die Eingehung in das Vertragsverhältnis zu bewirken versprochen hat.⁵ Aufgrund des vom Schuldner begangenen Fehlverhaltens kann der Gläubiger zunächst diesem gegenüber einen Anspruch auf wertauuffüllenden Schadenersatz für sein gestörtes Zweckstreben und beeinträchtigtes Verhaltensprogramm geltend machen.⁶

Unter später noch darzustellenden Voraussetzungen ist der Gläubiger nicht auf einen derartigen Vermögensausgleich beschränkt, sondern kann sich weigern, die Gegenleistung abzunehmen und/oder, sofern er selbst seine Primärleistung noch nicht erbracht hat, von deren Erbringung absehen. Damit ist das Primäraustauschverhältnis beendet (discharge by breach).⁷

Voraussetzung für diese Beendigung der Austauschpflichten ist ein Fehlverhalten der vertragsuntreuen Partei, das die Zweckerreichung der vertragstreuen Partei weitgehend vereitelt⁸ oder englisch ausgedrückt, der 'breach' muß 'fundamental' sein, sog. 'fundamental breach'.⁹ Ein 'fundamental breach' wird z.B.

-
- 4) Als solchen bezeichnet ihn das englische Vertragsrecht nicht, sondern als 'innocent party', 'injured party', 'party not in default'.
 - 5) Darin zeigt sich auch noch die Herkunft des breach vom Delikt (tort); so wird er noch heute als 'civil wrong' bezeichnet, vgl. Treitel, Contract, p.617; grundlegend Rheinstein, Die Struktur des vertraglichen Schuldverhältnisses, p.149 seq.; Esser, Grundsatz und Norm, p.106 Anm.65, 326; Zweigert-Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung II, p.209.
 - 6) Cheshire-Fifoot, Law of Contract, p.563: "A breach of contract, no matter what form it may take, always entitles the innocent party to maintain an action for damages".
 - 7) Cheshire-Fifoot, p.563; Anson-Guest, Law of Contract, p.505; Chitty, On Contracts, para.1331 seq.
 - 8) Jenkins, The essence of the contract, (1969) 29 C.L.J. 251, 258; Treitel, contract, p.537; Morison, Principles of rescission, p.69.
 - 9) Der Begriff fundamental breach ist erst neueren Datums - Lord Hodson in Suisse Atlantique (1966) 2 W.L.R.944, 968, 986 - und hat seinen Ursprung in dem Bestreben der Gerichte eine Inhaltskontrolle der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, sog. exemption-clauses, zu schaffen. Sie haben dazu die 'doctrine of fundamental breach' entwickelt. Damit wird dem Schuldner

angenommen, wenn der Schuldner dem Gläubiger Mahagoniholz nach Muster verkauft und Mahagoniholz liefert, das nicht dem Muster entspricht¹⁰; oder der Verkäufer liefert anstelle der Bohnen (beans) Erbsen (peas)¹¹.

2. Unterscheidung nach dem Charakter der verletzten Vertragsbestimmung und der Folge der Verletzungshandlung

Für die Entscheidung der Frage, wann das schuldnerische Verhalten den Gläubiger berechtigt, den weiteren Leistungsaustausch zu beenden, werden zwei Wege beschritten.

Entweder wird auf die Art der verletzten oder nicht durchgeführten Vertragsbestimmung abgestellt oder es kommt weniger auf die formelle Einordnung der verletzten Vertragsbestimmung als vielmehr auf den Einfluß der Leistungsstörung auf das Zweckstreben und die Zielsetzung des vertragstreuen Teiles an, also auf die Schwere der Verletzung¹². Für die Feststellung der ersten Art von Vertragsverletzung werden die Vertragsbestimmungen in ab-

die Möglichkeit genommen, sich auf die Haftungsausschlußklauseln der Allgemeinen Geschäftsbedingungen zu berufen, sofern der Gläubiger eine wesentlich andere als die ursprünglich vereinbarte Leistung erhalten hat, vgl. Prinz zu Sayn-Wittgenstein, Allgemeine Geschäftsbedingungen im englischen Recht, p.30 seq., zur Unterscheidung 'fundamental term' und 'fundamental breach'. Es ist heute anerkannt, daß die hierin angeführten Unterscheidungskriterien in den Hintergrund getreten sind. So haben lediglich zwei Lords dazu Stellung bezogen; die dabei gemachten Ausführungen sind 'obiter', vgl. Jenkins, p.251 N.1. Von den exemption-clauses aus hat die 'doctrine of fundamental breach' langsam Eingang in das allgemeine Gebiet der Leistungsstörungen gefunden, vgl. Jenkins, p.251; Devlin, The treatment of breach of contract, (1966) 24 C.L.J.192; Coote, The rise and fall of fundamental breach, (1966) 40 A.L.J. 339.

- 10) Smeaton Hanscombe & Co., Ltd. v. Sasson J. Setty & Co. (1953) 1 W.L.R. 1468, 1470; sog. 'breach which justifies rescission'.
- 11) Chanter v. Hopkins (1838) 4 M. & W. 399, 404; sog. 'performance totally different from that which contract contemplates', vgl. Treitel, Contract, p.559, 149.
- 12) Hongkong Fir Shipping Co. v. Kawasaki Kisen Kaisha, Ltd. (1962) 2 Q.B. 26; Treitel, Contract, p.556.

hängige (dependant covenants) und unabhängige Versprechen (independant covenants), aufschiebende Bedingungen (conditions precedent) und gleichartige Bedingungen (concurrent conditions) sowie in 'conditions' und 'warranties' eingeteilt. Hiermit wird das Verhältnis der Leistungen zueinander und damit die Frage der Äquivalenz der vereinbarten Leistungspflichten schon im Vertrag beurteilt. Beispiele zur zweiten Fallgruppe - der Abweichung vom Erfüllungserfolg - sind selbstverschuldete Unmöglichkeit (self-induced frustration)¹³, Nichterbringung der Gegenleistung (failure of consideration) und repudiation¹⁴ im Sinne von Erfüllungsverweigerung¹⁵. In diesen Fällen wird mehr auf den Wert der bereits erbrachten bzw. noch zu erbringenden Leistung abgestellt. Es steht dabei die Betrachtung des Leistungskernes (hard core) im Mittelpunkt, wobei das Vertragsverhältnis in seiner Gesamtheit zur Beurteilung herangezogen wird.¹⁶

a. Die Einteilung der Vertragsbestimmungen in 'Condition' und 'Warranty'

Seit Ende des letzten Jahrhunderts ist die Dichotomie dahingegangen, daß man versuchte alle Leistungspflichten des Vertragsverhältnisses lediglich in 'conditions' und 'warranties' zu unterteilen.¹⁷

-
- 13) Der Schuldner kann sich darauf nicht berufen, vgl. Chitty, para.1305 seq.
 - 14) Der Begriff wird hierbei noch zur Umschreibung der Vertragsstörung selbst und der daraus erst resultierenden Folge der Aufsage verwandt, wobei nicht genügend differenziert wird, vgl. unten II.
 - 15) Da es sich jedoch gezeigt hat, daß sie in dieser reinen Form in der Praxis nicht anwendbar waren, sind sie im Laufe der Zeit durch die Einführung anderer Rechtsfiguren modifiziert worden, vgl. Coote, The effect of discharge by breach on exemption clauses, (1970) 28 C.L.J.221, 222.
 - 16) Devlin, p.204: "It is the breach of the whole contract that has to be considered, not the breach of any one of its terms however important."
 - 17) Diese Zweiteilung erschien zwischen den Jahren 1863 und 1893 und wurde im Jahre 1910 vom House of Lords sanktioniert. Bereits im Jahre 1893 war diese Unterscheidung im S.G.A. gesetz-

Unter condition werden dabei diejenigen Vertragsbestimmungen verstanden, die für das beiderseitige Zweckstreben der Parteien als von so wesentlicher Bedeutung angesehen werden, daß das Austauschverhältnis mit deren Einhaltung oder Nichtbefolgung steht oder fällt. Dies ist auch dahingehend umschrieben worden, daß die Vertragsbestimmung ein 'substantial ingredient in the identity of the thing sold' sein müsse.¹⁸ Es handelt sich hierbei also um die Hauptleistungspflichten. Die übrigen Vertragsbestimmungen werden als warranties bezeichnet und sind von untergeordneter Bedeutung, also etwa unseren Nebenleistungspflichten vergleichbar, deren Beeinträchtigung nicht zur Auflösung des Vertragsverhältnisses hinführt,¹⁹ sondern dem Gläubiger lediglich einen Anspruch auf wertauuffüllenden Schadenersatz gibt.²⁰ So wurde z.B. die Verpflichtung des Schiffseigentümers, ein seetüchtiges Schiff zur Verfügung zu stellen,²¹ oder die Verpflichtung des Charterers, das Schiff innerhalb einer bestimmten Zeit zu beladen,²² als warranty angesehen.

Mit dieser Differenzierung der Leistungspflichten in condition und warranty ist jedoch dann nicht sehr viel gewonnen, falls die Parteien in dem Verträge keine dahingehende ausdrückliche Übereinkunft getroffen haben. Naturgemäß divergieren nämlich die Ansichten der Parteien im Zeitpunkt des Störungseintritts darüber, was nun eigentlich wesentlich und was unwesentlich für ihre gegen-

lich erfaßt worden und hat damit nicht unwesentlich zu der langen Lebensdauer dieser Differenzierung beigetragen; vgl. dazu Baker, Construction of condition, (1973) 32 C.L.J.196,198.

18) Couchman v.Hill (1947) K.B.554, 559.

19) Unter bestimmten Voraussetzungen kann jedoch auch eine warranty die Bedeutung einer condition erlangen, so z.B. wenn der Vertrag lediglich warranties enthält und der Schuldner sich konstant weigert, diesen Nebenleistungspflichten nachzukommen; vgl. Devlin, p.202, 203.

20) Zum Ursprung des Begriffes warranty vgl. Lord Denning, M.R., in Oscar Chess, Ltd. v.Williams (1957) 1 W.L.R.370; Rhein-stein, p.156.

21) Hongkong Fir Shipping Co., Ltd. v.Kawasaki Kisen Kaisha, Ltd. (1962) 2 Q.B.26.

22) Universal Cargo Carriers Corp. v.Citati (1952) 2 Q.B. 401.

seitige Erbringung der Primärleistung ist, da sie bei dem Abschluß des Vertragsverhältnisses zumeist nicht an eine Störung im Handlungsablauf gedacht und keine entsprechenden Vorkehrungen getroffen haben.²³ Die einzelnen Vertragsbestimmungen werden in der Weise interpretiert, daß das Gericht sich in die Lage der Vertragsparteien zur Zeit des Vertragsabschlusses versetzt und von dort aus die Unterscheidung vornimmt, ob es sich bei der verletzten Bestimmung um eine condition oder warranty handelt.²⁴

Lord Devlin hat vorgeschlagen, zusätzlich zur condition den Ausdruck 'fundamental term' zu verwenden. Dieser Begriff soll insofern enger sein, als er den Leistungskern (hard core of the contract) anspricht.²⁵ Eine grundsätzliche Änderung der Auslegung der Einzelbestimmungen wird damit jedoch nicht erreicht, da man sich nach anfänglichen Schwierigkeiten jetzt darüber einig ist, daß lediglich ein neuer terminus an die Stelle des alten gesetzt wird.²⁶

Die Praxis hat aber gezeigt, daß diese Interpretation nicht immer zu eindeutig klaren Ergebnissen führt und daß deswegen die Auswirkungen der Vertragsverletzung auf das Zweckstreben des Gläubigers mit Berücksichtigung finden muß.²⁷ Dies beweisen auch die Worte von Lord Bowen in *Bentson v. Taylor*²⁸: "Es gibt keine andere

-
- 23) *Cheshire-Fifoot*, p.121, 567 befürworten diesen Auslegungsmodus noch heute. *Rheinstein*, p.202, zeigt dabei auf, welche dogmatischen Schwierigkeiten sich bei dieser Betrachtungsweise ergeben, wenn der Gläubiger die condition dann als warranty behandelt.
- 24) Lord Devlin, p.197: "Once a condition, always a condition; and the consequence is that the classification has been swollen to include many terms."
- 25) Devlin, p.202; demgegenüber befürwortet Drake, p.532, die vollkommene Eliminierung dieses Ausdrucks aus dem Vertragsrecht; vgl. auch Lord Upjohn in *Suisse Atlantique* (1966) 2 W.L.R. 944, 978, 979.
- 26) Coote, *The effect of discharge*, p.222 N.9.
- 27) Devlin, p.200: "A judge does not make up his mind exactly what the term means before he turns to consider the breach."
- 28) (1893) 2 Q.B. 274, 281; *Harrison v. Knowles & Foster* (1917) 2 K.B. 606, 610; Coote, *The effect of discharge*, p.223.

Möglichkeit diese Frage zu beantworten, als den Vertrag im Lichte der jeweiligen Umstände zu betrachten. Dann muß man sich entscheiden, ob dem Interesse der Parteien, so wie es aus dem Vertrag selbst gewonnen worden ist, damit am besten gedient ist, daß das Versprechen als Nebenleistungspflicht (warranty), deren Verletzung nur Schadenersatz gewährt, oder als Hauptleistungspflicht behandelt wird."

b. Einfluß der Verletzungshandlung auf das Vertragsverhältnis

Diese Ansicht, die sich bereits in der Entscheidung *Bentson v. Taylor*²⁹ findet, hat letzten Endes dazu geführt, daß man mehr auf die Auswirkung der Vertragsverletzung, den diese auf die Beziehung der Parteien gehabt hat, abstellt. Maßgeblich ist demnach also die Beeinträchtigung des Planes der beiden Parteien, so wie sie sich im Zeitpunkt der Verletzungshandlung darstellt.

Ihren historischen Ausgangspunkt hat diese Auslegung bereits in *Boone v. Eyre*³⁰. Der Kläger hatte dem Beklagten eine Plantage in West-Indien, zusammen mit den Sklaven, für einen Preis von 500 £ und einer Jahresrente von £ 160 übereignet.

Nach dem Vertrag war der Kläger Eigentümer der Plantage und der Sklaven. Er klagte rückständige Jahresrenten ein. Der Beklagte wandte ein, der Kläger sei nicht rechtmäßiger Eigentümer der Sklaven gewesen. Lord Mansfield wies diesen Einwand mit der Begründung zurück: "Where mutual covenants go to the root of the consideration"³¹ on both sides, they are mutual conditions" (gegenseitige Bedingungen). Für den gleichen Vorgang finden sich auch die Ausdrücke 'go to the root of the contract', 'substantially deprive a party' oder 'total breach'³². Lord Sumner hat die Wendung 'go to the root of the contract' mit der Bemerkung gerügt,

29) (1893) 2 Q.B. 274, 281.

30) (1777) 1 Hy.Bl.273n; Treitel, *Contract*, p.543.

31) Hier gebraucht im Sinne von Gegenleistung, vgl. Goff-Jones, *The Law of Restitution*, p.31; Morison, p.20; McElroy-Williams, *Impossibility of performance*, p.84.

32) Treitel, *Some problems of breach of contract*, (1967) 30 M.L.R. 139, rügt die uneinheitliche Terminologie und stellt in sei-

daß "like most metaphors it is not so clear as it seems"³³. Treitel führt folgende, vom Gericht angewandte, Maßstäbe an: Unge-rechtfertigte Bereicherung als Ergebnis der Durchführung des Vertrages, Angemessenheit von Schadenersatz, Bedeutung der ver-letzten Leistungspflicht, Beseitigung der Leistungsunsicherheit, Risikoumverteilung sowie andere Faktoren.³⁴ Diese Beurteilungs-maßstäbe werden dazu verwandt, um festzustellen, ob die Störung so erheblich ist, daß sie zu einer Auflösung des Primärleistungs-verhältnisses berechtigt.

Einen Wandel in der Interpretationsmöglichkeit durch die Gerich-te hat die Entscheidung Hongkong Fir v. Kawasaki Kaisen Kaisha, Ltd. aus dem Jahre 1962 herbeiführt.³⁵ Der Entscheidung lag folgender Sachverhalt zugrunde: Der Beklagte hatte vom Kläger das Schiff Hongkong Fir für einen Zeitraum von 24 Monaten ge-chartert, sog. 'time-charter'. Die Maschinen des Schiffes waren veraltet und die Mannschaft des Maschinenraumes war zu inkompe-tent, um mit den Maschinen fertigwerden zu können. Die beklagten Charterer büßten als Folge dieser Umstände 20 Wochen lang die Nutzungsmöglichkeit des Schiffes ein. Sie sagten daraufhin das Vertragsverhältnis auf und wurden nun ihrerseits auf Schadener-satz in Anspruch genommen. Die Charterer verlangten im Wege der

ner Untersuchung auf pragmatische Gesichtspunkte ab. Teilwei-se wird jedoch auch die alte Dichotomie beibehalten und man spricht dann von 'condition going to the root'. Damit wird versucht den alten Begriff mit neuem Inhalt zu füllen, vgl. Lawson, Remedies of English Law, p.56. Dies trägt nicht gera-de zu der Klärung des Wortes condition bei. So hat Stoljar, The contractual concept of condition, (1953) 69 L.Q.R.485 allein zwölf verschiedene Bedeutungen des Wortes nachgewiesen.

33) Bank Line, Ltd. v. A. Capel & Co. (1919) A.C.435, 459.

34) Treitel, Contract, p.544 seq.: Unjust enrichment, Adequacy of damages, Ratio of failure to the performance undertaken, Need to remove uncertainty, Reluctance to re-distribute commercial risks, Other factors.

35) (1962) 2 Q.B.26. Der Court of Appeal hat sich mit der Urteils-begründung von Sellers, L.J., als erstinstanzlichem Richter nicht auseinandergesetzt, so daß die eigentliche 'ratio' des Falles nicht deutlich wird. Drake, p.533: "Suisse Atlantique continues a trend manifested in Hongkong Fir, whereby the courts seem to be moving away

Widerklage Schadenersatz wegen Vertragsbruches. Der Kläger obsiegte in beiden Instanzen. Der Beklagte hatte seine Argumentation darauf gestützt, das Schiff sei nicht seetüchtig (seaworthy) gewesen und infolge der langen Liegezeit hätte ihm ein weiteres Festhalten am Vertragsverhältnis nicht zugemutet werden können. Das Gericht verwarf diese Argumentation jedoch. Es vertrat die Auffassung, die Seetüchtigkeit des Schiffes, auf die der Beklagte sich vor allem berufen hatte, könne aufgrund der weiten Bedeutung dieses Begriffes keine 'condition' darstellen. Die weitere Bindung an das Vertragsverhältnis habe ihm daher zugemutet werden können; er könne lediglich Schadenersatz für die Liegezeit erhalten. Der durch die Liegezeit verstrichene Zeitraum sei auch im Verhältnis zur Gesamtdauer des Vertrages von nicht so wesentlicher Bedeutung gewesen, daß daraus eine Vertragsaufsage hergeleitet werden könne. Wie jedoch die Bemerkung von Sellers, L. J.: "Es ist nicht vorgetragen worden, daß die Unterhaltungsklausel (maintenance clause) so 'fundamental' war, um zu einer 'condition' zu werden", zeigt, hätte das Gericht eventuell doch das Vorliegen einer condition angenommen, falls der Beklagte sich auf diese zweite Klausel des Vertrages, die die Unterhaltungspflicht des Klägers betraf, berufen hätte. Da es sich um eine time-charter gehandelt hatte, hätte ein Vertragsbruch dann vorgelegen, wenn der Beklagte das Erfüllungsangebot, sog. 'tender of performance', hinsichtlich des nicht seetüchtigen Schiffes bis zum Erfüllungszeitpunkt zurückgewiesen hätte.³⁶ Der Court of Appeal hat

from a system of a priori categorisation of terms in favour of a more flexible "wait and see" attitude". Siehe auch Devlin, p.200, der in diesem Aufsatz viel von der Entscheidung Suisse Atlantique vorausgenommen hat.

- 36) Lord Devlin, p.194: "What creates the breach in such a case is the failure to tender within the contract time a ship in a condition that d o e s comply with the contract."

diesen Weg jedoch nicht eingeschlagen, da er sonst andere Gesichtspunkte hätte berücksichtigen müssen.³⁷

Bedeutsam ist an dieser Entscheidung vor allem die Ansicht von Lord Diplock³⁸: "Es gibt viele Vertragspflichten, die nicht als 'condition' oder 'warranties' eingeordnet werden können. Alles, was von diesen Vertragspflichten gesagt werden kann, ist, daß einige Verletzungen der nicht vertragsbrüchigen Partei den ganzen Vorteil nehmen, den sie erhalten sollte, und andere Verletzungen nicht"³⁹. Diese Begründung hatte zunächst den Eindruck hervorgerufen, daß Lord Diplock damit eine dritte, eigenständige Auslegungskategorie hatte einführen wollen. Man ist sich heute jedoch darüber einig, daß es sich lediglich um zwei Arten der Interpretation handelt, die das Ausmaß der vom Schuldner zu vertretenden Vertragsverletzung auf das Zweckstreben des Gläubigers und damit die Beziehungen der Parteien zueinander bestimmen. Dies ergibt sich auch aus dem Zusammenhang der verschiedenen 'dicta' in der Entscheidung Hongkong Fir. Die angeblich dritte Auslegungskategorie ist als Unterfall der zweiten Interpretationsmöglichkeit anzusehen und findet in denjenigen Fällen Anwendung, in denen aufgrund bestimmter Umstände aus einer 'war-

-
- 37) Siehe Devlin, p.194 N.4. Der Court of Appeal hätte sich dann mit der Frage auseinandersetzen müssen, ob 1. eine Zurückweisung des Schiffes rechtzeitig erfolgt wäre, 2. die Regeln des S.G.A. 1893 über Annahme und Zurückweisung auch auf Mietverträge Anwendung finden und 3. wie weit der Zeitfaktor wesentlicher Bestandteil des Vertrages geworden ist.
- 38) (1962) 2 Q.B. 26, 66; dabei nimmt Lord Diplock auf die Figur des Synallagma Bezug. In seiner Begründung in United Dominions Trust, Ltd. v. Eagle Aircraft (1968) 1 W.L.R. 74 führt er ausdrücklich die Bestimmungen des Synallagma im Code Civile an - Artt.1102, 1103.
- 39) Lord Upjohn hat in dieser Entscheidung vorgeschlagen die Dichotomie condition-warranty nur noch auf die Fälle des S.G.A. 1893 anzuwenden. Der Court of Appeal ist sogar dazu aufgefordert worden, den Begriff condition gänzlich aus dem Vertragsrecht zu entfernen; vgl. dazu Baker, Construction of condition, (1973) 32 C.L.J. 196, 198 unter Hinweis auf (1972) 1 W.L.R. 855. Dies zeigt eindeutig die starken Wandlungen, denen das Gebiet der Leistungsstörungen unterworfen ist.

ranty' eine 'condition' wird, oder ein breach 'to the root of the contract' geht, also die Nichteinhaltung oder -beachtung der unwesentlichen Vertragsbestimmungen zu einer wesentlichen Vertragsverletzung umschlägt.

Die besondere Relevanz der Entscheidung liegt vor allem darin, daß die Gerichte nunmehr die Möglichkeit haben, beide Auslegungsmodi nebeneinander anzuwenden, also je nach Sachverhaltslage mehr auf den Charakter der verletzten Vertragsbestimmung oder mehr auf die Störungswirkung auf den ganzen Vertrag abzustellen.⁴⁰ Die endgültige Entscheidung über diese Frage wird das House of Lords noch treffen müssen.⁴¹

Das Abstellen auf die alleinige Unterscheidung in condition und warranty hat sich - trotz der Ausweitung in der Interpretation - im Laufe der Zeit als unbefriedigend erwiesen und beginnt eine Art Schattendasein neben der neueren Auffassung zu führen. Die Unterscheidung wird möglicherweise ganz verdrängt werden oder mit der neuen Ansicht zusammenfließen.⁴²

Die neuere Auffassung, die die Auswirkung der Vertragsverletzung auf das Austauschverhältnis in den Vordergrund stellt, ist dem-

40) United Dominios Trust, Ltd. v. Eagle Aircraft, Ltd. (1968) 1 W.L.R. 74; The Mihalis Angelos (1971) 1 Q.B. 164.

41) Cheshire-Fifoot, p.123; Anson-Guest, p.520, 521; Drake, p.537. Die dicta des Falles Schuler AG v. Wickman Machine Tool Sales, Ltd. (1973) 2 W.L.R. 683 durch das House of Lords deuten in diese Richtung. In dieser Entscheidung ging es um die Bedeutung des Wortes 'condition'. Das House of Lords vertrat darin die Ansicht, daß das Wort condition, so wie es in dem Vertrage der Parteien verwendet worden war, zwar die Leistungspflicht berühre, jedoch nicht notwendigerweise auch einen derart starken Einfluß auf die Gegenleistung habe, daß diese nicht mehr zu erbringen sei. Eine Rolle bei dieser Entscheidung mag auch gespielt haben, daß der Kläger sich erst nach einem längeren Zeitraum auf den breach berufen hatte, in der Zwischenzeit aber seinen Vertragspflichten weiterhin nachgekommen war, also durch sein Verhalten eine weitere Bindung an das ursprünglich vereinbarte Verhaltensprogramm zu erkennen gegeben hat.

42) Allan, p.287, 288.

gegenüber im Vordringen begriffen. Sie gestattet durch die Berücksichtigung der Qualität der Vertragsverletzung eine umfassendere Wertung des gesamten Vertragsverhältnisses, weil dadurch dem jeweiligen Zweckstreben der Parteien und dem Interessenschutz Rechnung getragen werden kann.⁴³ Hierdurch wird die Möglichkeit geschaffen, eine Auflösung des Vertragsverhältnisses nur in eng begrenzten Fällen zuzulassen und ansonsten eine Anpassung an die veränderten Umstände vorzunehmen. Auch die ausgedehnte Anwendung der Risikosphärenhaftung führt dazu, die Parteien verstärkt am Vertragsverhältnis festzuhalten, und ist insoweit - von Ausnahmefällen abgesehen - ein Beleg für das Vordringen der neueren Ansicht.⁴⁴

3. Bedeutung des Zeitfaktors im Vertragsablauf

Eine große Bedeutung bei der Durchführung des Leistungsaustausches kommt auch dem Faktor Zeit im Vertragsablauf zu.

Ein Fälligkeitszeitpunkt kann auf verschiedene Art und Weise in den Handlungsablauf eingeführt und zu einem wesentlichen Bestandteil des Vertrages werden (of the essence of the contract). Die Parteien können eine Zeitvereinbarung ausdrücklich im Vertrag vereinbaren. Aber erst durch Auslegung des Vertrages kann sich ergeben, ob der Fälligkeitszeitpunkt wesentlich oder unwesentlich ist; maßgeblich ist dafür der Einfluß auf den angestrebten Erfolg und Zweck des jeweiligen Vertragsverhältnisses. Eine wesentliche

43) Devlin, p.204: "It is the breach of the whole contract that has to be considered, not the breach of any of its terms however important." Dies erklärt auch die Möglichkeit, eine condition-im alten Sinne- als warranty zu betrachten, dogmatisch besser und führt zu weniger Schwierigkeiten bei den 'foreseeable consequences' im Schadenersatzrecht und den Dauerschuldverhältnissen (instalment-contracts).

44) Zu vergleichbaren Tendenzen im deutschen Recht siehe Leser, Vertragsaufhebung im EKG, p.4 N.8; Zweigert-Kötz II, p. 214, 216.

Vereinbarung wurde zum Beispiel bei dem Verkauf von Gesellschaftsanteilen⁴⁵ und der Veräußerung eines Lokals zum Zwecke der Umwandlung in ein Geschäftshaus angenommen.⁴⁶ Die vertrags-treue Partei kann auf die ursprüngliche Fälligkeit verzichten und den Leistungszeitpunkt hinausschieben (waive the time). Die Bedeutung der Zeit für den Handlungsablauf wird dabei nicht verändert (destruction of the essential character of time), sondern der alte Fälligkeitszeitpunkt wird lediglich durch einen neuen ersetzt.⁴⁷

Eine Fälligkeitsvereinbarung kann ferner auch durch eine ein-seitige Erklärung des Gläubigers in das Vertragsverhältnis ein-geführt werden. Der Verkäufer einer Ware kann den Käufer auffor-dern innerhalb einer bestimmten Frist den Kaufpreis zu entrich-ten, da er ansonsten die Ware anderweitig veräußern werde.⁴⁸ Hat der Schuldner den bisherigen Leistungszeitpunkt untätig ver-streichen lassen, kann der Gläubiger ihn mahnen (give notice) und eine angemessene Nachfrist setzen. Was dabei eine angemessene Frist (reasonable time) ist, richtet sich nach den jeweiligen Um-ständen des Einzelfalles.⁴⁹ Fordert z.B. die vertragstreue Partei den Schuldner immer wieder zur Erfüllung auf, kann hierdurch eine Verkürzung der angemessenen Nachfrist eintreten.⁵⁰

Durch die einseitige Einführung einer Frist in den Vertragsablauf wird eine Bindungswirkung für beide Parteien hervorgerufen. Dies hat zur Folge, daß es unerheblich ist, welche der Parteien am neu festgesetzten Fälligkeitszeitpunkt nicht erfüllt oder erfüllungs-

45) Hare v. Nicoll (1966) 2 Q.B. 130. Diese Anteile wurden an der Börse gehandelt, so daß ein Spekulationsgeschäft vorlag.

46) Lock v. Bell (1931) 1 Ch. 35. Obwohl es sich in erster Linie um eine reine Grundstücksveräußerung handelte, bei der die Zeit in der Regel nicht so maßgeblich ist, wurde hier aufgrund der Bedeutung der Veräußerung für den weiteren Geschäftsablauf der Vertrag als eine Art Handelsvertrag (commercial contract) betrachtet. Vgl. die Kritik von Treitel, Contract, p. 569.

47) Barclay v. Messenger (1874) 43 L.J.Ch. 449.

48) R.V. Ward, Ltd. v. Bignall (1967) 1 Q.B. 534.

49) Treitel, Contract, p. 568.

50) Stickney v. Keeble (1915) A.C. 275; Charles Rickards, Ltd. v. Oppenheim (1950) 1 K.B. 616.

bereit ist. Setzt z.B. der Verkäufer einen neuen Erfüllungszeitpunkt fest, leistet er dann aber selbst nicht oder ist nicht leistungsbereit (tender of performance), stellt sich dieses Verhalten für den Käufer als wesentlicher Vertragsbruch dar.⁵¹ Der Zeitbestimmung kann damit eine konstitutive Bedeutung für das weitere Verhaltensprogramm der Parteien zukommen. Es handelt sich damit um ein ähnliches Prinzip, wie es im deutschen Recht mit der Fristsetzung und Ablehnungsandrohung in § 326 BGB zum Ausdruck gekommen ist.

Dem Zeitfaktor kann im Handlungsablauf eine weitere wichtige Bedeutung zukommen. Durch die Nichtleistung innerhalb eines Zeitraumes kann die Erbringung der Primärleistung von der im ursprünglichen Vertragsverhältnis vereinbarten als so verschieden angesehen werden, daß die Zweckvereinbarung der Parteien dadurch scheitert.⁵² Die Tendenz geht dahin, die Unterscheidung zwischen Unmöglichkeit und Zweckerreichung des Vertragsverhältnisses (frustration) und Beendigung der Primärleistungspflichten durch Vertragsbruch bei Nichtleistung innerhalb der Zeit lediglich von der Existenz oder dem Nichtvorhandensein des Verschuldens des vertragsuntreuen Teiles abhängig zu machen.⁵³

51) Finkielkraut v. Monohan (1949) 2 All E.R. 234.

52) Lord Diplock in Hongkong Fir (1962) 2 Q.B. 26, 68, 69; Devlin, p.206-208.

53) Lord Diplock in Hardwick Fame Farm (1966) 1 W.L.R. 287, 342; Lord Sachs in Bolton v. Mahadeva (1972) 1 W.L.R. 1009; Drake, p.536.

II. Anticipatory Breach of Contract

1. Begriff und Definition des 'Anticipatory Breach'

Eine weitere Störung im Handlungsablauf des Vertragsverhältnisses stellt der 'anticipatory breach' dar.⁵⁴ Von diesem Begriff wird das Verhalten einer Vertragspartei erfaßt, das erkennen läßt, daß sie ihren vertraglich übernommenen Leistungspflichten in der Zukunft nicht nachkommen werde; entweder ist eine Teilleistung bereits erbracht worden⁵⁵ oder die Erfüllung insgesamt liegt noch in der Zukunft. Die Störung kann insbesondere darin bestehen, daß der vertragsuntreue Teil sich weigert oder außerstande setzt, seiner Pflicht nachzukommen.⁵⁶ Für diesen Vorgang finden sich die Bezeichnungen 'renunciation' oder 'repudiation'.⁵⁷ 'Renunciation' ist der treffendere Ausdruck, weil er das Zurückweisen der Primärleistungspflicht besser kennzeichnet.⁵⁸ Da die Haftung des Versprechenden nach älterer Auffassung lediglich dann eintrat, wenn er damit gleichzeitig "seine Absicht erkennen läßt durch den Vertrag nicht länger gebunden zu sein"⁵⁹, war es unnötig zwischen der Erfüllungsweigerung selbst und der Rechtsfolge, der 'repudiation' genauer zu unterscheiden. Nach neuerer Auffassung wird zwischen der renunciation als Erklärung und der Beendigung der Pflicht zum Austausch der Primärleistungen als Rechtsfolge unterschieden,

54) Zur Kritik an diesem Begriff siehe Bradley v. Newson (1919) A.C. 16, 53. Das deutsche Recht bezeichnet diese Rechtsfigur als Erfüllungsweigerung, vgl. dazu Leser, Die Erfüllungsweigerung, p. 643 seq.

55) Diese Form tritt vor allem bei den Dauerschuldverhältnissen (instalment contracts) auf.

56) Cheshire-Fifoot, p. 563; Treitel, Contract, p. 579.

57) Zur Nomenklatur dieser Störungsform vgl. Montrose, Some problems about fundamental terms, (1964) 22 C.L.J. 68, 75. Eine der Ursachen für die uneinheitliche Terminologie ist die Verwendung des Wortes 'repudiation' in s. 11 des S.G.A. 1893, ohne daß es definiert wird.

58) Lord Esher, M.R., in Johnstone v. Milling (1886) 16 Q.B.D. 460, 467; Chitty, para. 1339.

59) Siehe Tiplady, The Angelia, (1973) 89 L.Q.R. 465, 467.

so daß die Nomenklatur nicht mehr im alten Sinne angewandt wird.⁶⁰ Der Versprechende kann nun den Gläubiger entweder ausdrücklich oder durch seine Verhaltensweise erkennen lassen, daß er seinen Primärleistungspflichten nicht nachkommen werde.⁶¹ Diese letztgenannte Form der renunciation liegt z.B. dann vor, wenn der Schuldner die Ware vor dem ursprünglich vereinbarten Erfüllungszeitpunkt anderweitig veräußert.⁶²

2. Leading Cases

Als Leitfall (leading case) gilt Hochster v. De la Tour⁶³. In diesem Falle hatte der Beklagte den Kläger im April für einen Zeitraum von sechs Monaten, beginnend ab 1. Juni, als Kurier eingestellt. Am 11. Mai setzte der Beklagte den Kläger davon in Kenntnis, daß er seiner Dienste nicht bedürfe. Daraufhin erhob Hochster noch im Mai Schadenersatzklage. Ihr wurde in beiden Instanzen entsprochen. Würde man – so führte das Gericht aus – kein Klagerecht vor dem Erfüllungszeitpunkt geben, so gäbe es nur zwei Möglichkeiten: Entweder sei den Parteien zu gestatten das Vertragsverhältnis aufzuheben und damit werde der vertragstreuen Partei der Anspruch auf Schadenersatz genommen, oder aber es sei festzustellen, daß die vertragstreue Partei verpflichtet war sich zur Erbringung der Leistung am 1. Juni bereit zu halten und in der Zwischenzeit keine andere Stellung anzunehmen. Das Gericht hat jedoch diese beiden Alternativen als 'unreasonable' verworfen. Es hätte auch argumentieren können: Das Verhalten des vertrags-

60) Siehe dazu Lord Denning, M.R., in *The Mihalis Angelos* (1971) 1 Q.B. 164 und in *Harbutt's Plasticine* (1970) 1 Q.B. 447, 464; Anson-Guest, p.508.

61) Anson-Guest, p.508.

62) *Lovelock v. Franklin* (1846) 8 Q.B. 371; *Omnium D'Enterprise v. Sutherland* (1919) 1 K.B. 618.

63) (1853) 2 E.& B. 678. Das Prinzip der Erfüllungsweigerung selbst war bereits vorher bekannt, wurde jedoch noch nicht als besondere Form des Vertragsbruches anerkannt, siehe Nienaber, *Anticipatory repudiation in English and South African Law of Contract*, p.69.

untreuen Teiles entbinde die andere Partei zwar von ihrer Primärleistungspflicht, so daß ihr bei Inanspruchnahme durch den vertragsuntreuen Teil eine dementsprechende Verteidigungsmöglichkeit offenstehe. Ein Schadenersatzanspruch könne ihr jedoch nicht vor Fälligkeit zuerkannt werden.⁶⁴ Die im Falle Hochster angewandte Argumentation ist des öfteren kritisiert worden⁶⁵: Durch die vom Gericht vertretene Auffassung werde eine Beschleunigung der Schuldnerpflichten herbeigeführt, da er bereits jetzt Schadenersatz leisten müsse und die Möglichkeit des unverschuldeten Unterganges der Primärleistung vor Fälligkeit keine Beachtung finde.⁶⁶

Eine dogmatische Begründung für das Recht der vertragstreuen Partei, bereits vor dem ursprünglich festgesetzten Erfüllungstermin zu klagen, ist in dem Falle Frost v. Knight⁶⁷ gegeben worden. Hier lehnte Kelly, C.B. - noch im Court of Exchequer - die Anerkennung eines derartigen "Vertragsbruches vor dem Fälligkeitszeitpunkt" mit den Worten ab: "Falls es überhaupt als Vertragsbruch bezeichnet werden kann, ist es lediglich ein Versprechensbruch oder ein zukünftiger Vertragsbruch, der niemals auftreten mag, und kein echter Vertragsbruch."⁶⁸

In der Berufung gab Cockburn, C.J., der Klage jedoch mit der berühmten Begründung statt: "The promisee has an inchoate right to the performance of the bargain, which becomes complete when the

64) Treitel, Contract, p.580; Tabachnik, Anticipatory breach of contract, 1972 C.L.P. 149, 153, 154. Bei Beantragung und Gewährung der Naturalerfüllung (specific performance) wird diese erst für den Zeitpunkt der im ursprünglichen Verhaltensprogramm vorgesehenen Erfüllungszeit gewährt, siehe Hasham v. Zenab (1960) A.C. 316.

65) Corbin, Contracts, para.959 seq.; Williston, Contracts, para. 1296 seq.; Treitel, Contract, p.580.

66) Williston, para 1321; Tabachnik, p.152.

67) (1872) L.R. 7 Ex.111.

68) "If it can be called a breach at all, it is a promissary or prospective breach only; a possible breach, which may never occur, and not an actual breach."; (1870) L.R.5 Exch. 322, 326, 327.

time for performance has arrived. In the meantime he has a right to have the contract kept open as a subsisting and effective contract."⁶⁹

Daraus ist der Schluß hergeleitet worden, daß das Vertragsverhältnis eine Bestimmung enthalte, daß keine Partei etwas unternehmen dürfe, um die gemeinsame Zweckerreichung des Vertragsverhältnisses zu verzögern oder zu verhindern.⁷⁰ Demgegenüber interpretiert eine neuere Ansicht diese Passage nicht mehr mit der 'implied term theory', sondern damit, daß der Schuldner mit dem Vertragsschluß die Pflicht (duty) übernommen habe, nichts zu tun was mit der Aufrechterhaltung der Vertragsbeziehung unvereinbar sei.⁷¹

Damit wird dem Gläubiger eine geschützte Sphäre zuerkannt, bei deren Beeinträchtigung er sofort Rechte geltend machen kann, z.B. Schadenersatz verlangen oder weiter auf Naturalerfüllung (specific performance) bestehen.⁷²

3. Anerkennung der Vertragsaufsage als breach mit oder ohne 'Acceptance' des Gläubigers

Nach der einen - älteren - Auffassung ist die renunciation selbst kein 'breach'; zum Vertragsbruch wird sie erst dadurch, daß der Gläubiger sie als einen solchen behandelt, oder englisch ausgedrückt: 'accepts'.⁷³

69) "Der Empfänger des Versprechens besitzt einen unvollkommenen Anspruch auf die Durchführung des Vertrages, der dann vollständig wird, wenn die Fälligkeit eintritt. Er hat einen Anspruch darauf, daß der Vertrag als fortdauernder und wirksamer Vertrag in der Zwischenzeit bestehen bleibt."; (1872) L.R.7 Ex.111, 114.

70) Zur Kritik an der 'implied term theory' siehe Rheinstein, p.189 N.170, 210; Goff-Jones, p.5 seq.; Corbin, para.971.

71) Tabachnik, p.151; Corbin, para.791. Einen ähnlichen Gedanken enthält die positive Forderungsverletzung im deutschen Recht: Alle Gefährdungen des Vertragszweckes sind zu unterlassen; vgl. Leser, Erfüllungsweigerung, p.651 seq.

72) Tabachnik, p.151.

73) Johnstone v. Milling (1896) 16 Q.B.D.460; Tabachnik, p.157 N.30 m.w.N.

So hat Mocotta, J., in dem Fall *The Mihalis Angelos*⁷⁴ noch in der ersten Instanz erklärt: "Once there is a renunciation and an acceptance of it there is in the eyes of the law a breach and the contract is at an end." Nach dieser Ansicht war die renunciation selbst also folgenlos und stellte eine sog. 'nullity' dar. Rechtliche Bedeutung sollte sie erst dadurch erlangen, daß der Gläubiger sie als 'breach accepted', wodurch sie zu einem 'wrongful act' werde. Entsprechend wurde in *Howard v. Pickford Tool Co., Ltd.*⁷⁵ gesagt: "Eine nicht angenommene Repudiation⁷⁶ ist ins Wasser geschrieben und für niemanden wertvoll. Sie verleiht keinerlei Rechte irgendeiner Art und Weise."⁷⁷

Gegen diese Ansicht ist zutreffend geltend gemacht worden, daß hier die rechtlich angeblich irrelevante Erklärung des vertragsuntreuen Teiles durch eine rechtmäßige Handlung der vertragstreuen Partei in einen rechtswidrigen Akt umgewandelt werde. Ein Verhalten kann jedoch nur dann als unrechtmäßig angesehen werden, wenn es dies bereits von Anfang an gewesen war.⁷⁸

Wegen dieser Bedenken formuliert Lord Denning, M.R., die rule jetzt dahingehend: "The words 'anticipatory breach' are misleading. The cause of action is not the future breach. It is the renunciation itself."⁷⁹ Und in *White & Carter (Councils), Ltd. v. Mc.Gregor*⁸⁰

74) *Maredelanto Compania Naviera S.A. v. Bergbau-Handel GmbH, The Mihalis Angelos* (1971) 1 Q.B. 164, 182, 196.

75) (1951) 1 K.B. 417, 421 per Lord Asquith; distinguished in *British Electrical and Associated Industries v. Ratley Pressings* (1953) 1 W.L.R. 280 von Mc.Nair, J.,.

76) Dabei wurde 'anticipatory breach' mit 'repudiation' gleichgestellt.

77) "An unaccepted repudiation is a thing writ in water and of no value to anybody. It confers no legal rights of any sort or kind"; vgl. oben N.75.

78) Williston, para.1322; Corbin, para.1105 seq.; Tabachnik, p.159; Nienaber, *Anticipatory repudiation*, p.136.

79) *The Mihalis Angelos* (1971) 1 Q.B.164, 196; Chitty, para. 1340. Diese Auffassung hat ihren Ursprung im amerikanischen Recht, siehe Corbin, para.975-977, 980; Tabachnik, p.160 seq.; Reynolds, p.534; für das englische Recht zuerst Lord Diplock in *Hongkong Fir* (1962) 2 Q.B.26, 66 seq.

80) (1962) A.C. 413

vertrat Lord Keith in seiner abweichenden Begründung die Auffassung: "Es läßt sich nicht sagen, daß die 'repudiation' ins Wasser geschrieben ist. Sie gibt sofort eine Klagemöglichkeit. Eine Annahme der 'repudiation' ist nicht erforderlich." Für diese Auffassung hat also bereits die Verletzungshandlung des Schuldners Rechtsfolgen. Damit wird eine weitgehende Gleichsetzung mit dem echten breach erreicht⁸¹ und das Wort 'anticipatory' zeigt lediglich an, daß es sich um ein Fehlverhalten des Schuldners vor dem ursprünglich vereinbarten Fälligkeitstermin handelt, das den vertragstreuen Teil dazu berechtigt, das Primärleistungsverhältnis zu beenden und weitere Rechtsbehelfe geltend zu machen.

Nach der älteren Ansicht, die die renunciation als rechtlich folgenlos angesehen hatte, konnte der vertragsuntreue Teil die Verletzung des Primärleistungsverhältnisses durch eine einseitige Rücknahme der Vertragsaufsage selbst heilen, und zwar solange, bis der Gläubiger den anticipatory breach als solchen angenommen (accepted) hatte.⁸² Danach stand es ganz im Ermessen des Schuld-

81) Diese Auffassung stimmt überein mit der Ansicht Cockburn's in *Frost v. Knight* (1872) L.R. 7 Ex.111, 113, wo er ausführt: "Treat the repudiation of the other party as a wrongful putting an end to the contract and may at once bring his action as on a breach of it." In dem Falle *Consorsio Veneziano di Armamento* (1919) 88 L.J.K.B. 1194, hat Lord Atkins die Frage ausdrücklich offengelassen; so auch *British Pressings, Ltd.* (1953) 1 W.L.R.280. Lord Devlin in *Universal Cargo* (1957) 2 All E.R. 70: "Da der Grund für diese Auffassung (rule) ist, daß es einer Partei gestattet wird, einem unvermeidbaren Ereignis zuvorzukommen, und sie nicht verpflichtet ist (das Ereignis) abzuwarten, ist zu folgern, daß der Vertragsbruch, dem sie zuvorkommt "is of just the same character" wie der Vertragsbruch, der wirklich erfolgt wäre, wenn sie gewartet hätte". Siehe auch Nienaber, *The effect of anticipatory repudiation*, p.224: "What repudiation has in common with all forms of breach of contract is that it is an 'immediate breach of contract' inasmuch it entails an infringement by the promisor of the promisee's right to performance".

82) Tabachnik, p.159; Nienaber, *The effect of anticipatory repudiation*, p.221, weist darauf hin, daß der Gläubiger nach dieser Ansicht nicht in der Lage sein dürfte, ein 'decree of specific performance' zu erlangen.

ners, das Vertragsverhältnis - trotz der vorherigen Leistungsweigerung - weiterzuführen oder nicht. Das würde zu einer Unsicherheit für den Gläubiger führen, weil er nicht weiß, ob er doch noch mit der Primärleistung des Schuldners rechnen kann oder nicht, wenn er nicht sofort die renunciation angenommen hat. Diese Auffassung widerspricht außerdem dem Grundsatz: 'no man can take advantage of his own wrong',⁸³.

Die neue Ansicht erreicht, daß diese Form der Vertragsverletzung den allgemeinen Regeln des 'breach' unterworfen ist und keine besonderen Vorschriften dafür Anwendung finden.⁸⁴ Für sie sprechen vor allem wirtschaftliche Gesichtspunkte. Dies zeigt bereits die Urteilsbegründung von Cockburn, C.J., wenn er ausführt: "Seine damit erworbenen Ansprüche können von ihm zu seinem Gewinn und Vorteil verschieden verwandt werden."⁸⁵

Zunächst kann die Anwendung dieser 'doctrine' zu einer Verringerung des Schadens aus dem schuldnerischen Fehlverhalten führen, obwohl

83) Davenport v.R. (1877) 3 App.Cas.131; Nienaber, The effect of anticipatory repudiation, p.225.

84) So dürfen wohl auch Cheshire-Fifoot, p.563 seq.; Atiyah, p.254, verstanden werden, die alle Störungsformen zusammen abhandeln. Dies stimmt auch mit dem Wesen des englischen Vertragsbegriffes überein, der weitgehend die gleichen Grundsätze für die Störungsformen aller Vertragsarten aufstellt, im Gegensatz zum deutschen Recht, siehe Buckland-Mc.Nair, Roman Law and Common Law, p.227, 228; siehe auch Devlin, p.214, 215.

85) "His rights acquired under it may be dealt with by him in various ways for his benefit and advantage."; (1872) L.R. 7 Ex.111, 114; Tabachnik, p.151; Anonymus, The election theory of relations following anticipatory repudiation of contract, (1937) 37 Col.L.R.610: "A promisee's confidence that performance will be forthcoming when due is a valuable adjunct to his legal right or equitable relief in the event of breach. The promisee's expectation of performance will enable him to plan future action more accurately and therefore more economically than if he expected to obtain, at the due date, only a right to sue the promisor."

derjenige Schadensbetrag zu entrichten ist, der zur Zeit der Fälligkeit voraussichtlich entsteht.⁸⁶ Der Wert der Primärleistung kann in der Zwischenzeit entweder gestiegen oder gefallen sein. Ist z.B. der Preis für die noch zu liefernden Kohlen gestiegen, wird zwar der neue, gestiegene Preis bei der Schadensberechnung zugrundegelegt⁸⁷; da jedoch die vertragstreue Partei den Schaden gering halten muß, ist sie verpflichtet, gegebenenfalls einen Deckungsvertrag abzuschließen. Der Schuldner muß dann nur den Differenzbetrag der beiden Verträge als Schadenersatz entrichten. Des weiteren wird bei dem Vorliegen bestimmter Umstände auch ein besonderer Schutz der Gläubigerinteressen erzielt. So vor allem dann, wenn er seine eigene Primärleistung, die in einem Geldbetrag besteht, bereits erbracht hat. Ihm würde keine Möglichkeit offenstehen, diesen Geldbetrag vor Fälligkeit zurückzufordern, obwohl er genau weiß oder aufgrund aller ihm bekannten Umstände davon ausgehen kann, daß er die Gegenleistung des Schuldners nicht mehr erhalten wird. Damit wird ihm, sofern ihm die nötigen Mittel dazu fehlen, die Möglichkeit genommen einen für ihn notwendigen Deckungskauf durchzuführen. Würde man von dem Gläubiger trotz der renunciation des Schuldners verlangen, bis zur Fälligkeit zuzuwarten, so kann der vertragstreue Teil gezwungen sein, wenn er sich wegen der Ungewißheit der endgültigen Leistungserbringung anderweitig eingedeckt hat, die Gegenleistung für beide Leistungen zu erbringen.⁸⁸ Wenn jedoch der Gläubiger bereits vor Fälligkeit das

86) The Mihalios Angelos (1971) 1 Q.B.164; George, Damages for anticipatory breach of contract, 1971 J.Bus.L. 109, 114 seq.; Treitel, Contract, p.580, 641; Tabachnik, p.153, führt dazu aber zutreffend aus: "The task of awarding prospective damages is a familiar one to the courts which are daily required to compute the loss of profits for breach of contract.", unter Hinweis auf die Urteilsbegründung von Crompton, J., in Hochster v. De la Tour (1853) 2 E & B. 678, 687.

87) Roper v. Johnson (1873) L.R. 8 C.P. 167.

88) Treitel, Contract, p.580: Nienaber, The effect of anticipatory repudiation, p.226: "In the normal course of events the purchaser does not want to run the risk of being saddled with double performance, nor does the seller want to run the risk of being liable for double performance."

Vertragsverhältnis den veränderten Umständen anpassen kann, dann erlangt er seine wirtschaftliche und rechtliche Dispositionsfreiheit rechtzeitig wieder.⁸⁹

III. Misrepresentation

Die dem englischen Recht eigentümliche Rechtsfigur der misrepresentation stellt, im Gegensatz zu den Regelungen des Irrtums (mistake), ein eigenes Teilgebiet der Störungen im Vertragsverhältnis dar. Diese Betrachtungsweise verschiebt sich aber dann nicht unerheblich, wenn man sich die Doppelnatur der misrepresentation auf dem Gebiete der Leistungsstörungen vor Augen führt. Sie wird zum einen als 'term' des Vertrages und damit als Leistungsstörung im engeren Sinne angesehen. Zum anderen wird sie als eigenständiges Fehlverhalten bewertet und hat selbständige Rechtsfolgen. Eine weitere Berechtigung der Einbeziehung in diese Arbeit ergibt sich auch daraus, daß die durch das Vorliegen einer misrepresentation hervorgerufene Fehlvorstellung beim Gläubiger sich in nicht unbeträchtlichem Maße auf sein Zweckstreben und damit auf das Vertragsverhältnis der Parteien in seiner Gesamtheit auswirkt.⁹⁰ Der Grund zur besonderen Behandlung der misrepresentation ist darin zu sehen, daß die Störung von dem

89) Treitel, Contract, p.580; Nienaber, The effect of anticipatory repudiation, p.230, betont dabei nicht zu unrecht, daß diese 'doctrine' eine "policy of avoiding waste in money, manpower, time and effort" sei. Siehe auch Leser, Erfüllungswigerung, p.656, 657; Leser, Der Rücktritt vom Vertrag, p.168 seq., zur grundsätzlichen Bedeutung dieses Aspekts als Gegenstück zur Bindung durch den Vertrag.

90) Morison, p.14, 15, 91; siehe auch von Caemmerer, Das deutsche Schuldrecht und die Rechtsvergleichung, NJW 1956, 569, der aufzeigt, daß die Leistungsstörungen im engeren Sinne nichts anderes als Irrtumsfälle sind. Rothoef, System der Irrtumslehre, hat diesen Gedanken aufgegriffen und in seiner Untersuchung den Irrtum als neutrale Denkfigur benutzt, wobei er von der im deutschen Recht dominierenden Willenstheorie ausgeht. Zur Vertragsauslegung vgl. auch Pound, p.152, 153; Zweigert-KötzII, p.84, 88 zur Dichotomie und Interrelation von sub-

vertragsuntreuen Teile zu vertreten ist. Es ist also nicht, wie bei dem eigentlichen und aus dem deutschen Recht allein vertrauten Irrtum, das eigene Fehlverhalten des Gläubigers, das zur Störung des Austausches der Primärleistungen im gegenseitigen Vertragsverhältnis führt, sondern dasjenige des anderen Vertragspartners. Auch diese Abweichung führt, wie der breach, zu der Möglichkeit, den weiteren Leistungsaustausch zu beenden und damit zu einer vergleichbaren Ausgangslage für das weitere Schicksal des Vertrages.

1. Begriff der Misrepresentation

Representation liegt dann vor, wenn der eine Vertragspartner, der 'representor', dem anderen Teile gegenüber, dem 'representee', eine Behauptung aufstellt oder eine Erklärung abgibt. Entspricht diese nicht den realen Gegebenheiten, so wird die representation zu einer misrepresentation.⁹¹

Hierfür ist es nicht notwendig, daß der representor die Erklärung ausdrücklich abgegeben hat, da es ausreicht, daß sie aus seinem Verhalten geschlossen werden kann.⁹² Erforderlich ist aber, daß es sich um die Behauptung einer Tatsache gehandelt hat. Eine allgemeingültige Definition, unter welchen Umständen eine Erklärung als 'matter of fact' zu werten ist, besteht nicht. Nicht unter

jektiven und objektiven Kriterien; Allen, The scope of the contract, (1967) 41 A.L.J. 274: "The majority of modern contracts are not negotiated to the strict formula ... everything else is left to the implication of the law."

91) Behn v. Burness (1863) 3 B. & S. 751, 753 per Williams, J.,: "A representation is a statement or assertion, made by one party to the other, before or at the time of the contract, of some matter or circumstance relating to it."; Goff-Jones, p.101; Rothoef, p.56.

92) Goff-Jones, p.104.

diesen Begriff sollen jedoch fallen: reine Anpreisungen, Behauptungen und Erklärungen über zukünftige Ereignisse,⁹³ Meinungen⁹⁴ und Rechtstatsachen⁹⁵. Damit wird versucht die für das Vertragsverhältnis relevante Tatsachenbehauptung von den unwesentlichen Parteibehauptungen zu unterscheiden.

Die notwendige Abgrenzung zwischen einer representation und den rechtlich irrelevanten Erklärungen richtet sich mehr nach objektiven als nach subjektiven Kriterien, wobei prinzipiell danach gefragt wird, welche Bedeutung diese Erklärung für das Vertragsverhältnis in seiner Gesamtheit hat; der Schutz der Gläubigerinteressen steht hierbei im Vordergrund.⁹⁶ Dies wird z.B. daran deutlich, daß die misrepresentation ein 'inducement' für den Vertragsabschluß von Seiten des representee gewesen sein muß⁹⁷; sie muß der eigentliche Beweggrund für die Eingehung des Vertragsverhältnisses gewesen sein. Des weiteren muß sie für das Zweckstreben des representee insofern wesentlich (material) geworden sein, als sie das Erwartungsinteresse des Gläubigers und sein Verhaltensprogramm in einem nicht unbeträchtlichen Maße beeinträchtigt hat.⁹⁸ Der maßgebliche Zeitpunkt, an dem die misrepresentation

- 93) "A representation that something will be done in the future cannot either be true or false at the moment it is made, and although you may call it a representation, if anything it is a contract or promise", per Mellish, L.J., in Beatty v. Lord Ebury (1872) 7 Ch.App.777, 804. Hierbei ist es oftmals schwierig festzustellen, ob die Erklärung sich auf ein momentan bestehendes oder ein zukünftiges Ereignis bezieht, vgl. Treitel, Contract, p.215.
- 94) Stoljar, Mistake and misrepresentation, p.88, 90; Treitel, Contract, p.214.
- 95) Treitel, Contract, p.216 seq., zweifelt daran, ob die Nichtbeachtlichkeit eines Rechtsirrtums heute überhaupt noch Geltung für sich beanspruchen kann; Goff-Jones, p.105.
- 96) Smith v. Land & House Property Corp. (1884) 28 Ch.D. 7, 15, per Bowen, L.J.; Goff-Jones, p.105-107; Atiyah, p.125.
- 97) Peek v. Gurney (1883) L.R.6 H.L.377; Gross v. Lewis Hillman (1970) Ch.445; Goff-Jones, p.101.
- 98) Mathias v. Yetts (1882) 46 L.T.497, 502: "It must be material to the inducing of the contract, but it need not be the only inducement." Gelingt es nicht, die Erheblichkeit nachzuweisen, muß sich der Gläubiger an dem einmal eingegangenen Vertragsverhältnis festhalten lassen, ohne Rechtsfolgen geltend machen zu können, vgl. Treitel, Contract, p.219.

vorliegen muß, ist derjenige, an dem der vertragstreue Teil sein eigenes Verhaltensprogramm danach ausrichtet, also seine ursprüngliche Position vdrändert hat.⁹⁹ In dem Fall With v.O'Flanagan¹⁰⁰ hatte der Verkäufer einer Arztpraxis im Januar den Umsatz mit £ 2.000 angegeben. Als der Vertrag im Mai unterzeichnet wurde, war der Durchschnittsumsatz auf £ 5 pro Woche gefallen. Da der Verkäufer den Käufer nicht über den Umsatzrückgang informierte, lag eine misrepresentation vor.

2. Formen der Misrepresentation

Die misrepresentation kann im Vertragsverhältnis in zwei verschiedenen Erscheinungsformen vorkommen. Zum einen wird sie als Vertragsbestandteil, sogenannter term, gewertet; zum anderen wird sie als 'außerhalb' davon stehend (not incorporated) angesehen.¹⁰¹ Im ersten Fall geht die representation im Verhaltensplan¹⁰² der Parteien auf, und zwar dergestalt, daß sie "becomes merged in the

99) Briess v.Wooley (1954) A.C. 333; Goff-Jones, p.104. Es ist hier nicht erforderlich festzustellen, in welcher Art und Weise sie begangen worden ist, d.h. welche Vorstellung der representor bei der Begehung hatte. Diese Frage spielt erst für die Festlegung der Rechtsfolgen eine Rolle, da deren Ausmaße dann unterschiedlich sind.

100) (1936) Ch. 575.

101) Diese Betrachtungsweise ist rein geschichtlich und nicht dogmatisch begründet: Nach Common Law Grundsätzen konnte die vertragstreue Partei nur dann Rechtsfolgen geltend machen, wenn die misrepresentation 'incorporated' war; war sie es nicht, stand sie also 'außerhalb', dann konnte lediglich Equity helfend eingreifen, vgl. Stoljar, Mistake, p. 92.

102) Als solcher wird hier das Verhaltensprogramm der beiden Parteien bezeichnet, vgl. dazu Leser, Vertragsaufhebung, p.2, wie es sich für den objektiven Dritten darstellt, der sowohl das Zweckstreben der Parteien als auch den Handlungsablauf kennt, so wie dieser sich bis zum Eintritt der Störung bzw. deren Kenntniserlangung abgewickelt hat.

higher contractual right"¹⁰³. Hierbei wird sie nach ihrer Bedeutung für die Erbringung der Primärleistungspflicht entweder als Haupt- oder als Nebenleistungspflicht gewertet.¹⁰⁴ Ist dies nicht gegeben, wird die misrepresentation als 'not incorporated' angesehen und als 'mere misrepresentation' bezeichnet. Da zwischen den beiden Parteien ein Vertragsverhältnis zustande gekommen ist, sind beide Formen der misrepresentation jedoch im weiteren Sinne Bestandteil dieses Vertrages und damit in den Verhaltensplan einbezogen.¹⁰⁵

Gleichwohl wird die 'mere misrepresentation' als eigene Fehlvorstellung im Plan der Parteien gewertet und soll als solche separate Rechtsfolgen gegenüber den Leistungsstörungen im engeren Sinne haben.¹⁰⁶

-
- 103) Pennsylvania Shipping Co. v. Compagnie Nationale de Navigation (1936) 2 All E.R. 1167; Goff-Jones, p.102 N.7.
- 104) Für sie ist dann die Rechtsfolge des 'breach of contract' maßgeblich, vgl. Treitel, Contract, p.228; Anson-Guest, p.124, 226. Hieran zeigt sich auch der Zusammenhang zwischen der misrepresentation als Leistungsstörung im weiteren Sinne recht deutlich. Der gleiche Vorgang ist auch dem deutschen Recht unter der Figur des § 459 Abs.2 BGB bekannt, wenn auch mit anderen Folgen.
- 105) Morison, p.14 N.1: "Obwohl die 'representation' nicht Bestandteil des Vertrages geworden ist, stellt sie einen wesentlichen Teil (des Vertrages) dar und bildet die Grundlage der Vertragsbeziehung zwischen den Parteien."; siehe auch Bannerman v. White (1861) 10 C.B.N.S. 844, wo die representation als Vertragsbestandteil (term) aufgefaßt worden ist. Morison, p.91, weist darauf hin, daß, wenn "die 'representation' in realiter nicht Bestandteil des Vertrages geworden wäre, das Ergebnis in beiden Fällen das Gleiche ist." Siehe auch Devlin, J., in Kwei Tek Chao v. British Traders & Shippers, Ltd. (1954) 2 Q.B. 480.
- 106) Siehe die Kritik von Stoljar, Mistake, p.84; Allan, p.274 seq.; James, Innocent misrepresentation - an unanswered challenge, 1963 J.Bus.L. 319, 333: "Die verletzte Vertragsbestimmung (term) und die misrepresentation führen zu genau den gleichen Ergebnissen für den Kläger."

Welche dieser beiden Alternativen vorliegt, ist eine Frage der Vertragsauslegung.¹⁰⁷ Das Gericht richtet sich bei der Vertragsauslegung nach objektiven Kriterien und berücksichtigt erst in zweiter Linie den Einzelwillen der Parteien.¹⁰⁸ Als Richtlinien (guiding principles) erwähnt Treitel (a) Bestätigung der Erklärung durch den representor auf Befragen ("verification"), (b) Bedeutung der Wahrheit der representation für den Vertragsabschluß ("importance"), (c) besondere Kenntnisse einer Vertragspartei ("special knowledge"), (d) Meinungsäußerung, die gleichzeitig eine Tatsachenbehauptung enthält¹⁰⁹. Zusammenfassend läßt sich wohl sagen, daß es auf den Bezug der Erklärung zur Primärleistungspflicht der Parteien ankommt. Je enger die Erklärung auf den reinen Leistungsaustausch bezogen ist, desto eher wird sie als term des Vertrages eingeordnet.¹¹⁰ Das dabei zugrundeliegende Prinzip läßt sich dahin umschreiben, daß es bei voller Kenntnis des Verhaltensplanes vom Standpunkt des objektiven Beobachters darauf ankommt, welche Partei das Risiko im Endeffekt zu tragen hat, welcher das Risiko also zuzurechnen ist.¹¹¹ Bei dieser Betrachtungsweise steht der Gedanke des Schutzes des representee insofern im Vordergrund, da gefragt wird, mit welcher Rechtsfolge ihm am besten geholfen ist.¹¹²

-
- 107) Cheshire-Fifoot, p.110; Treitel, Contract, p.228; Anson-Guest, p.126; James, p.326 N.35 zum Ursprung des Kriteriums der 'intention' in Heilbut, Symons & Co. v. Buckleton (1913) A.C.30,49.
- 108) Lord Denning, M.R., in Oscar Chess, Ltd. v. Williams (1957) 1 W.L.R.370: "Die Frage beruht mehr auf dem Verhalten der Parteien, ihren Worten und ihrem Auftreten als auf ihrem Willen (thoughts)."; Dick Bentley Productions, Ltd. v. Harold Smith (Motors), Ltd. (1965) 1 W.L.R.623; Treitel, Contract, p.97, 229; Allan, p.276.
- 109) Treitel, Contract, p.229 seq.
- 110) Behn v. Burness (1861) 10 C.B.N.S. 844: "A statement is more or less important in proportion as the object of the contract more or less depends on it."; Salmon, L.J., in Dick Bentley Productions, Ltd. v. Harold Smith (Motors), Ltd. (1965) 1 W.L.R. 623, 627-629.
- 111) Lord Denning, M.R., in Oscar Chess, Ltd. v. Williams (1957) 1 W.L.R.370: "So one is left to decide between a number of innocent people who is to bear the loss." Zur Bedeutung der Risikosphärenhaftung allgemein Esser, op.cit., p.333, 334.

3. Mere Misrepresentation

Die danach nicht als term des Vertrages angesehene 'mere misrepresentation' wird noch einmal in drei Formen unterteilt. Sie kann 'fraudulent', 'innocent' oder 'negligent' sein.¹¹³ Diese verschiedenen Begegnungsformen rufen zwar bei dem representee die gleiche Fehlvorstellung hervor,¹¹⁴ sie sollen jedoch einen verschieden starken Einfluß auf das Zweckstreben und Verhaltensprogramm der vertragstrebenden Partei ausüben; daher resultieren sie in verschieden abgestuften Rechtsfolgen.¹¹⁵

Ob eine misrepresentation fraudulent ist, wird nach den vom House of Lords in *Lerry v. Peek*¹¹⁶ aufgestellten Grundsätzen festgestellt.¹¹⁷ Maßgeblich ist, daß die Erklärung von Seiten des representor vorsätzlich abgegeben worden ist und er selbst nicht an den Wahrheitsgehalt glaubte.¹¹⁸

Jede misrepresentation, die nicht von dieser Definition erfaßt wird, wurde bis zum Jahre 1963 im Common Law¹¹⁹ generell als

112) Atiyas, p.125: "In vielen Fällen scheint das Ergebnis für die Beantwortung der Frage entscheidend zu sein." Vgl. die Kritik der klassischen Einteilung der Vertragstimmungen bei Allan, p.277, 283 seq., der eine Neueinteilung fordert.

113) D.h. vorsätzlich, unverschuldet oder nachlässig. Übersetzungen treffen den Kern der englischen Begriffe nur selten; im weiteren Verlauf werden daher die englischen Bezeichnungen beibehalten.

114) Stoljar, Mistake, p.83, 84.

115) Siehe dazu 2. und 3.Kapitel.

116) (1889) 14 App.Tam.337; siehe zu diesem Fall auch Megarry, Miscellany-at-law, p.81.

117) Cheshire-Fifoot, p.252.

118) "Made (i)knowingly, or (ii)without belief in its truth, or (iii)recklessly, careless whether it be true or false", per Lord Herschell (p.379); Treitel, Contract, p.223.

119) Die Unterscheidung zwischen Common Law und Equity ist heute wieder lebendiger als zur Jahrhundertwende. Damals wurde davon ausgegangen, daß Equity vorgehe (equity is prevailing). In der Zukunft sollten daher keine Unterschiede mehr zwischen den strengen Common Law Grundsätzen und den flexibleren Equity Regeln bestehen. Die auftauchenden Rechtsprobleme werden jedoch noch heute zuerst nach Common Law Regeln untersucht und

'innocent misrepresentation' aufgefaßt. Die Wende wurde durch den Fall Hedley Byrne & Co., Ltd. v. Heller & Partners, Ltd. durch das House of Lords herbeigeführt.¹²⁰ Die Klägerin hatte für die Firma Easipower einen Werbevertrag abgeschlossen. Nach den Vertragsbestimmungen haftete sie im Falle der Zahlungsunfähigkeit der Firma Easipower selbst. Die Klägerin bat ihre Hausbank sich bei der Beklagten, der Hausbank der Firma Easipower, über die Firma Easipower zu erkundigen, da sie deren Kreditwürdigkeit feststellen wollte. Im Vertrauen auf die positiven Auskünfte erlitt die Klägerin erhebliche Verluste, als die Firma Easipower in Liquidation ging. Die Deliktsklage wurde abgewiesen, da die Auskünfte unverbindlich erteilt worden waren. Die Lords vertraten darüber hinaus die Auffassung, daß es im Common Law die Figur der 'negligent misrepresentation' gäbe. Seither wird eine misrepresentation lediglich dann noch als innocent bezeichnet, wenn "der representor gutgläubig war und berechtigte Gründe für diese Auffassung hatte", er also an den Wahrheitsgehalt seiner eigenen Erklärung glaubte.¹²¹ Der representor kann auch dann nicht geltend machen, er habe an den Wahrheitsgehalt seiner eigenen Erklärung geglaubt, wenn er nach den objektiven Umständen des Einzelfalles die Unrichtigkeit seiner Erklärung kennen mußte.¹²² Auch die Bedeutung, die die vertragstreue Partei der representation im Einzelfall beigemessen hat, muß sich an objektiven Kriterien messen lassen.

Von einer 'negligent' misrepresentation wird demgegenüber dann gesprochen, wenn sie in nachlässiger Weise und unter Verletzung

erst wenn sich dort keine geeignete Rechtsfolge findet, werden die von der Equity entwickelten Grundsätze angewandt; siehe dazu rechtsvergleichend Friedmann, Legal Theory, p.543-545.

120) (1964) A.C.465; die Entscheidung ist im Deliktsrecht (law of torts) ergangen und ihr Einfluß auf das Vertragsrecht ist schlecht abzuschätzen und ist noch nicht abschließend geklärt.

121) Cheshire-Fifoot, p.257; Anson-Guest, p.238.

122) Cheshire-Fifoot, p.253.

einer Pflicht, die zwischen den beiden Vertragsparteien besteht, begangen worden ist. Seit der Entscheidung Hedley Byrne wird ein erweiterter Pflichtenkreis des representor angenommen,¹²³ der ihm bei besonderen, engen geschäftlichen Sozialbeziehungen, die sich nicht zu einer Vertragsbeziehung verdichtet haben, eine erhöhte Sorgfaltspflicht aufbürdet.¹²⁴ Diese Frage hat jedoch nur noch dann Bedeutung, wenn zwischen den Parteien kein Vertragsverhältnis zustandegekommen ist; im anderen Falle ist nunmehr ein ausreichender Schutz durch den Misrepresentation Act 1967 gewährleistet, der kein besonders geartetes Vertrauensverhältnis zwischen den Parteien mehr verlangt.¹²⁵

Nicht abschließend geklärt ist, in welchem Verhältnis die drei Arten der misrepresentation zueinander stehen, da noch keine diesbezügliche Entscheidung des House of Lords im Vertragsrecht ergangen ist.¹²⁶

Der vertragstreue Teil kann aufgrund der vom representor begangenen Störung des Austauschverhältnisses in Form der 'mere misrepresentation' insofern Rechtsfolgen herleiten, als ihm gestattet wird, seine eigene Primärleistungspflicht aus dem Ver-

-
- 123) Eine derartige Pflicht wurde bis zum Jahre 1963 nur unter ganz bestimmten engen Voraussetzungen angenommen. Nämlich nur da, wo zwischen den Parteien ein besonderes Vertrauensverhältnis bestanden hatte, sog. 'fiduciary relation', oder der representor es übernommen hatte, besondere Sorgfalt walten zu lassen, vgl. Treitel, Contract, p.225. Rothoeft, p.170, weist darauf hin, daß sich durch diese Entscheidung die Ansätze einer Veranlassungshaftung zeigen; Cheshire-Fifoot, p.255, befürworten eine Ausdehnung dieser rule sogar auf alle 'negligent pre-contractual statements'.
- 124) Zur Rolle des sozialen Kontakts im Recht vgl. Esser, p.332.
- 125) Sect. 2(1) des Misrepresentation Act 1967, vgl. Treitel, Contract, p.226.
- 126) Die Entscheidungen zur negligent misrepresentation sind alle in tort ergangen. Durch den Erlaß des Misrepresentation Act 1967 ist auch ein verstärkter Schutz des representee eingetreten, der die Bedeutung dieser Unterscheidung in einem nicht unbeträchtlichen Maße verringert hat, vgl. Cheshire-Fifoot, p.243.

tragsverhältnis, sofern er diese noch nicht erbracht hat, aufzusagen, beziehungsweise dem anderen Vertragsteil zu erkennen geben, daß er mit dem ursprünglich vereinbarten Vertragsverhältnis nicht mehr fortfahren will, also den weiteren Primärleistungsaustausch suspendiert. Diese Möglichkeit steht ihm in allen Fällen bei mere misrepresentation zu,¹²⁷ während sich in der Frage des Schadenersatzes Unterschiede ergeben.¹²⁸

127) Treitel, Contract, p.243.

128) Treitel, Contract, p.223 seq.

2. Kapitel: Lösung des ursprünglich vereinbarten Austauschverhältnisses und Umwandlung in ein Abwicklungsverhältnis

I. Beendigung der Repudiation - Situation allgemein

Im ersten Kapitel ist untersucht worden, unter welchen Voraussetzungen das Verhalten des Schuldners bei den Störungsformen des Vertragsbruches, der Erfüllungsweigerung und der misrepresentation im Verhältnis zu dem ursprünglich geplanten Leistungsaustausch so erheblich abweicht, daß das Zweckstreben des vertragstreuen Teiles nicht unbeträchtlich beeinträchtigt oder die Zweckerreichung sogar vereitelt wird.

Das englische Recht trägt diesen Verletzungen dadurch Rechnung, daß der ursprünglich geplante und bereits in Gang gesetzte Handlungsablauf nicht weiter durchgeführt wird. Der Handlungsablauf und damit die Zweckverfolgung des Vertragsverhältnisses tritt in einen Schwebezustand. Dieser Schwebezustand wird mit der Bezeichnung 'repudiation' umschrieben. Es handelt sich hierbei zunächst immer um die Negierung des Leistungsaustausches - so wie ursprünglich vereinbart -, der nunmehr mehrere Fortsetzungsmöglichkeiten zuläßt.

Eine Beendigung dieses Zustandes kann dadurch erfolgen, daß das Verhaltensprogramm der beiden Parteien entweder der veränderten Sachlage angepaßt wird, wobei die vertragstreue Partei für ihr enttäuschtes oder beeinträchtigtes Erwartungsinteresse einen Ausgleich in Geld erhält; oder dadurch, daß eine Rückabwicklung der bereits erbrachten Leistungen durchgeführt wird. Hierbei ist zu fragen, ob durch die Störung im Handlungsablauf das Primäraustauschverhältnis ohne das weitere Zutun einer der beiden Parteien automatisch entfällt, oder ob es dazu einer besonderen Erklärung oder Handlung einer Seite bedarf. Damit ist die Problematik der Umsteuerung auf die Liquidationsebene angesprochen. Aus der Be-

antwortung dieser Frage ergibt sich, inwieweit die Parteien selbst über den weiteren Ablauf bestimmen können und welchen Beschränkungen sie dabei unterworfen sind.

1. Automatische Beendigung?

Während es aufgrund der besonderen Struktur der misrepresentation¹ und des anticipatory breach² schon immer für notwendig erachtet worden ist, eine Parteierklärung des vertragstreuen Teiles zu fordern, um eine Beendigung des Primärleistungsverhältnisses herbeizuführen, wurde früher von Morison³ und Salmond-Williams⁴ angenommen, daß bei den übrigen Leistungsstörungen das Primäraustauschverhältnis automatisch beendet werde.⁵ Nach der Ansicht von Morison sollte sowohl bei Erfüllungsverfehlung und Erfüllungsweigerung im Zeitpunkt der Fälligkeit (breach of condition) als auch bei Nichterbringung der Leistung⁶ auch die Gegenleistungspflicht dahinfallen, ohne daß es dazu einer Erklärung

-
- 1) Clough v. London & North Western Ry. (1871) L.R. 7 Ex.26, 34; Treitel, The Law of Contract, p.243: "The general rule is that misrepresentation makes the contract voidable at the option of the representee."
 - 2) Frost v. Knight (1872) L.R. 7 Ex.111; Michael v. Hart (1902) 1 K.B. 482; Tabachnik, Anticipatory breach of contract, 1972 C.L.P. 149, 158.
 - 3) Morison, Principles of rescission.
 - 4) Salmond-Williams, Principles of the Law of Contracts.
 - 5) Coote, The effect of discharge by breach on exception clauses, (1970) 28 C.L.J. 221, 225: "Outside the field of anticipatory breach, there is very little indication in the nineteenth century cases of any need for an election." Siehe auch Mc. Elroy-Williams, Impossibility of performance, p.96 seq.
 - 6) Sog. failure of consideration, siehe p.21: "Where one party commits a sufficient breach of contract the other party is therefore, *ipso facto*, discharged."

von irgendeiner Seite bedurft hätte.⁷ Demgegenüber hat Salmond-Williams (1945) die Auffassung vertreten, daß ein automatischer Wegfall lediglich bei der Rechtsfigur des 'frustrating breach' auftritt;⁸ dabei ist die Störung im Handlungsablauf so stark, daß die weitere Aufrechterhaltung des Primärleistungsverhältnisses sinn- und zwecklos geworden ist. Den gleichen Gedankengang schien auch Lord Denning, M.R., in dem Falle Harbutt's Plasticine zu verfolgen, in dem die weitere Fortsetzung des Primärleistungsverhältnisses unmöglich geworden war.⁹ Der Beklagte hatte bei der in der Fabrik des Klägers errichteten Anlage falsche Röhren eingebaut. Beim Probelauf schmolzen diese und vernichteten durch

-
- 7) Morison, Rescission of executory contracts for partial failure of performance, p.918, 943: "For, as a right in one person to have something done by another involves a corresponding obligation on the part of the other, so, when the right terminates, or becomes unenforceable at law, the corresponding obligation necessarily falls with it."; siehe dazu auch Rheinstein, Die Struktur des vertraglichen Schuldverhältnisses, p.192 seq. Nach Rheinstein steht Morison also eindeutig auf dem Boden der 'Condition'-Lehre. Er überträgt hierbei ohne Unterscheidung das genetische Synallagma auf das funktionelle; so wohl auch Sutton and Shannon, On Contracts, p.331 seq.; vgl. demgegenüber Treitel, Contract, p.530, 531, der hier eindeutig zwischen genetischem und funktionellem Synallagma unterscheidet, sowie Chitty, On Contracts, para. 1356 seq., der darauf hinweist, daß es sich bei der Condition-Lehre um eine überholte Ansicht handelt.
- 8) Salmond-Williams, p.559, 560, unter Hinweis auf Joseph Constantine SS. Line v. Imperial Smelting Co., Ltd. (1942) A.C. 154, 191, wo Lord Wright ausgeführt hat: "Aber ich kann mir einen Fall denken, in dem die verletzte Partei sich auf 'frustration' berufen will, da sie die automatische Vernichtung des Vertrages beinhaltet, und daß sie gleichzeitig für den Vertragsbruch, der den Vertrag unmöglich gemacht (frustrated) und vernichtet hat, Schadenersatz verlangt. Soweit ich weiß, ist ein derartiger Fall niemals aufgetreten, aber logisch kann er vorkommen, falls die Rechtsquellen (authorities) ihn nicht ausgeschlossen haben." Siehe demgegenüber Mc.Elroy-Williams, p.249 unter Hinweis auf das Restatement (§ 457, Commented): "Impossibility on the part of the promisor occurring after he has committed a breach does not ordinarily discharge him", und den Hinweis auf die Urteilsbegründung von Lord Sumners in Hirji Mulji v. Cheong Yue (1926) A.C.497, 510.
- 9) Harbutt's Plasticine, Ltd. v. Wayne Tank and Pump Co., Ltd. (1970) 1 Q.B. 447.

Brand die Anlage nebst der Fabrik. Hier war jedoch aufgrund des besonderen Verlaufes der Störungsform der breach mit der weitergehenden 'frustration' zusammengefallen.¹⁰ Der Vertragsbruch selbst war zwar der frustration zeitlich vorausgegangen, jedoch war die Zeitspanne zwischen den beiden Ereignissen so kurz bemessen, daß beide Formen der Leistungsstörung mehr oder minder zusammenfielen. Aus diesem Grunde war es gerechtfertigt hier auf eine Erklärung zu verzichten.¹¹

Das ursprüngliche Austauschverhältnis entfällt lediglich in denjenigen Fällen automatisch, in denen keine der beiden Parteien die aufgetretene Störung im Handlungsablauf zu vertreten hat.¹²

- 10) Siehe dazu die Kritik von Weir, *Nec tamen consumeatur-frustration and limitation clauses*, (1970) 28 C.L.J. 189; Tabachnik, p.158 N.37. Vgl. aber Coote, *The effect of discharge*, p.225: "Der Court of Appeal hatte zweifelsohne recht, als er auf das Erfordernis einer Wahl (election) in diesem Falle verzichtete." Lord Denning, M.R., hatte nämlich ausgeführt: "Alles, was ich bisher gesagt habe, ist so eindeutig, daß hierfür keine Belege (authorities) erforderlich sind." Die authorities sind jedoch eindeutig Nickoll v. Ashton (1901) 2 K.B. 126, 132 und Hirji Mulji v. Cheong Yue (1926) A.C. 497, 510; siehe dazu Mc.Elroy-Williams, p.249 N.5; Hardwick Game Farm (1966) 1 W.L.R. 287, 342; Devlin, *The treatment of breach of contract*, (1966) 24 C.L.J. 192, 195 N.7.
- 11) Die Tendenz geht dahin, die rein wirtschaftliche Unmöglichkeit als 'mere frustration' oder als 'frustration' im Gegensatz zur 'impossibility' als vollkommene Unmöglichkeit zu bezeichnen; siehe allgemein und zum geschichtlichen Ursprung Mc.Elroy-Williams, p.121 seq. und Gottschalk, *Impossibility of performance*, p.11. Die Nomenklatur ist auch für diese Störungsform uneinheitlich; siehe generell Friedmann, *Legal Theory*, p.272; Williams, *Language and the Law* (1947) 61 L.Q.R. 71, 179, 293, 384. Zu dem Grenzfall von 'mere frustration' und breach in *H.R. Sainsbury, Ltd. v. Street* (1972) 1 W.L.R. 834 siehe Goldberg, *Is frustration invariably automatic*, (1972) 88 L.Q.R. 464.
- 12) Der automatische Wegfall des Austauschverhältnisses wurde früher damit begründet, daß bei Festhalten an der 'dissolution-by-consent-theory' eine Partei immer auf die andere angewiesen sei um eine Auflösung herbeizuführen, siehe *Bank Line v. Capel* (1916) 2 A.C. 397, 450 per Lord Shaw; Mc.Elroy-Williams, p.225; Treitel, *Contract*, p.612, 615 zu den verschiedenen Theorien; Devlin, p.204: "We have made very good use of the doctrine of dissolution by frustration without ever finally resolving this argument."

In allen anderen Fällen der Leistungsstörung wird eine Erklärung gefordert, die darüber entscheidet, ob das Austauschverhältnis fortgesetzt oder umgesteuert und liquidiert werden soll.¹³

2. Beendigung der repudiation durch 'Option'

a. Begriff und Bedeutung der 'Option'

Da also kein automatischer Wegfall des gestörten Austauschverhältnisses stattfindet, wird dem durch die Störung verletzten Vertragsteil die Möglichkeit gegeben, über den weiteren Ablauf des Vertrages zu entscheiden. Dieser Entscheidungsvorgang wird dahingehend beschrieben, daß dem Gläubiger eine 'option'¹⁴ oder 'power'¹⁵ zustehe oder er 'invested with a right'¹⁶ sei. Durch die Einräumung dieses Entscheidungsrechts (option) wird dem Gläubiger die Möglichkeit gegeben, selbständig zu bestimmen, ob er, trotz der von der anderen Seite begangenen Störung, entweder weiter an dem ursprünglich vereinbarten Leistungsaustausch festhalten oder ob er den Vertrag liquidieren will.¹⁷

Dem Gläubiger wird somit eine Wahlmöglichkeit über den weiteren Ablauf des Vertragsverhältnisses eingeräumt, die es ihm ermöglicht

-
- 13) Renunciation: Lord Denning, M.R., in *The Mihalios Angelos* (1971) 1 Q.B. 164, 183, 193. Breach: *Heyman v. Darwins, Ltd.* (1942) A.C. 356. *Cheshire-Fifoot*, p.568, 569; *Treitel, Contract*, p.577; *Goff-Jones, The Law of Restitution*, p.101.
 - 14) *Johnstone v. Milling* (1886) Q.B.D. 460; *Michael v. Hart* (1902) 1 K.B. 483.
 - 15) *The Mersey Steel and Iron Co. v. Naylor, Benzo & Co.* (1884) 9 App.Cas. 434.
 - 16) *Byrne Co. v. Leon Tienhoven & Co.* (1880) 5 C.P.D. 344; *Ian Stach, Ltd. v. Bosley, Ltd.* (1958) 2 W.L.R. 419.
 - 17) Anders verhält es sich dann, wenn der Gläubiger bei Teilerfüllung keine echte Wahlmöglichkeit zwischen beiden Alternativen hat, wie z.B. in *Sumpter v. Hedges* (1898) 1 Q.B. 673, wo der Kläger die auf dem Grund und Boden des Beklagten zu errichtenden zwei Häuser in halbfertigem Zustand zurückließ, da ihm das Geld ausgegangen war. Die Schadenersatzklage wurde abgewiesen, da der Beklagte keine "option whether he will take

weitgehend selbständig den weiteren Kurs zu bestimmen;¹⁸ welchen Weg der vertragstreue Teil dabei endgültig einschlägt, ist weitgehend von seiner eigenen Interessenwertung und auch davon abhängig, in welchem Stadium des Leistungsaustausches die Störung eingetreten ist, d.h., ob schon Leistungen von der einen oder der anderen Seite erbracht worden sind oder nicht. Es sind Fallgestaltungen denkbar, die es dem Gläubiger geraten erscheinen lassen den Vertrag zu liquidieren, da der ihm aufgrund der Vertragsverfehlung zustehende Schadenersatz gleich Null sein kann.¹⁹ In der Entscheidung *Vigers v. Cook*²⁰ hatte der Kläger den Sarg für die Beerdigung des Sohnes des Beklagten so schlecht gebaut, daß der Sarg nicht in der Kirche aufgebahrt werden konnte. Einen Schadenersatz konnte der Beklagte nicht erlangen, da lediglich seine Gefühle verletzt worden waren.

Eingeschränkt wird die Wahlmöglichkeit durch die Tatsache, ob und inwieweit der Gläubiger zur weiteren Durchführung seines Programmes der Mitwirkung und Hilfe des vertragsuntreuen Teiles bedarf. Kann er das veränderte Vertragsverhältnis nicht selbständig - ohne Mitwirkung des Schuldners - weiter durchführen, so muß er das Primärleistungsverhältnis liquidieren, da sonst die vertraglich festgelegte Risikoverteilung eine Änderung erfährt.²¹ Trotz

the benefit of the work done or not" habe; siehe Treitel, *Contract*, p.562 und die Kritik auf p.566; Goff-Jones, p.351; *Cheshire-Fifoot*, p.523.

18) Lord Devlin in *Reardon Smith Line, Ltd. v. Ministry of Agriculture* (1963) A.C.691, 729: "My Lords, 'option' in its widest interpretation means simply choice or freedom of choice."

19) Treitel, *Contract*, p.545.

20) (1919) 2 K.B. 475.

21) *White and Carter v. Mc.Gregor* (1962) A.C. 413, wo ausgeführt worden ist: "Es mag sein, daß, wenn bewiesen werden kann, daß eine Person kein rechtliches, finanzielles oder anderes Interesse daran hat den Vertrag zu erfüllen anstatt Schadenersatz zu verlangen, es ihr nicht erlaubt werden darf die andere Partei mit einem zusätzlichen Nachteil zu belasten, die ihr selbst keinen Vorteil bringt. Sofern eine Partei kein Interesse daran hat die Vereinbarung durchzusetzen, kann sie sie in der Regel nicht durchsetzen." Diese Unmöglichkeit der Durchführung zeigt sich auch bei den Dienstleistungsverträgen (personal service contracts), in denen der Arbeitnehmer meist nicht in der Lage sein wird das

des eigenen Fehlverhaltens wird der Schuldner nicht gänzlich schutzlos gestellt, sondern er genießt noch gewissen Schutz insofern, als der Gläubiger den dem Schuldner entstehenden Schaden nicht unnötig ausdehnen und sich nicht auf dessen Kosten bereichern darf, indem er ihm etwa die eigene, noch nicht erbrachte Leistung aufdrängt.²²

Somit spielen also eigentlich außerhalb des Entscheidungsvorganges selbst liegende Faktoren, nämlich die Höhe des möglichen Schadenersatzes oder die Möglichkeit der Naturalerfüllung, eine nicht unerhebliche Rolle bei der von Seiten des Gläubigers vorzunehmenden Interessenwertung.²³

Während man bei der Figur des 'anticipatory breach' lange Zeit davon ausgegangen war, daß der Gläubiger erst durch die Wahl des Rechtsbehelfs 'Abwicklung' diesen in einen 'actual breach' umwandelte²⁴, wird er heute - wie oben^{24a} dargestellt - weitgehend mit dem breach gleichgestellt. Nach der alten Auffassung kam dem anticipatory breach eine Doppelwirkung zu, indem er zum einen die Loslösungsabsicht des Schuldners von dem Primäraustauschverhältnis anzeigte und zum anderen als Antrag zum Abschluß eines Vertragsauflösungsvertrages verstanden wurde.²⁵ Da diese Loslösungs-

Arbeitsverhältnis ohne Mithilfe des Arbeitgebers durchzuführen, vgl. Decro-Wall International, S.A. v. Pracioners in Marketing, Ltd. (1971) 1 W.L.R. 361; Hill v. C.A. Parsons & Co., Ltd. (1971) 3 All E.R. 1345; Cheshire-Fifoot, p.570, 571; Goodhart, Measure of damages when a contract is repudiated, (1962) 78 L.Q.R. 263, 265; Tabachnik, p.169, 170; Nienaber, The effect of anticipatory repudiation: Principle and policy, (1962) 20 C.L.J. 213, 228.

22) Atiyah, Contract, p.261, 262; vgl.auch unten p.87.

23) Nienaber, p.225, 226.

24) Tabachnik, p.157 m.w.N.; vgl.auch Rabel, Das Recht des Warenkaufs II, p.35.

24a) oben p. 20.

25) White and Carter (1961) 3 All E.R.1178, 1181. Aus dieser Doppelnatur erklärt sich auch die Anwendung des Begriffes 'option' für die Umsteuerung. Lord Wrenbury in Bradley & Others v. H. Newsom (1919) A.C.16, 51: "Die erste Partei hat in realiter ein Angebot gemacht. Dieses Angebot lautet: Ich werde den Vertrag nicht erfüllen. Ich mache das Angebot, den Vertrag hier und jetzt zu beenden und die Konsequenzen der Beendigung auf mich zu nehmen. Die andere Partei mag das Angebot annehmen oder ablehnen. Wenn sie es annimmt, dann ist der Vertrag durch

absicht des Schuldners als rechtlich bedeutungslos angesehen worden ist, konnte das Primärleistungsverhältnis nur im gegenseitigen Einvernehmen liquidiert werden. Diese Ansicht ist auch dann noch beibehalten worden, als dem Gläubiger gestattet wurde, aus der renunciation einseitig rechtliche Konsequenzen zu ziehen und der anticipatory breach als eigene Störungsform anerkannt worden war.²⁶ Von dort hat sie sogar den breach selbst beeinflußt und ist auf diesen übertragen worden.²⁷ Durch diese Rückführung des Abwicklungsmodus auf den beiderseitigen 'Consensus' der Parteien mußte man nicht eingestehen, daß eine Partei weitgehend selbständig in der Lage ist, über die Abwicklung oder das Weiterbestehen des Primärleistungsverhältnisses zu bestimmen.²⁸

übereinstimmende Erklärungen (consensus) beendet." Siehe die Kritik von Nienaber, p.221; Rheinstein, p.210; Vold, Anticipatory repudiation of contracts and necessity of election, (1926) 26 Mich.L.R. 502; Anonymus, The election theory of relations following anticipatory repudiation of contract, (1937) 37 Col.L.R. 610; Corbin, On Contracts, para. 980 seq. Vgl.auch Leser, Erfüllungsweigerung, p.652, 653.

26) Nienaber, p.218.

27) Cheshire-Fifoot, p.568, 569; Winn, L.J., in Denmark Prod., Ltd. v.Boscobol Prod., Ltd. (1969) 1 Q.B. 699, 731. Montrose, Some problems about fundamental term, (1964) 22 C.L.J. 60, 74 N.45: "But the older doctrine survives not only in the language of acceptance of repudiation, but also in many judicial dicta"; siehe auch Nienaber, p.220.

28) Zur consensus-ad-idem-theory vgl. Cheshire-Fifoot, p.20, 47; Atiyah, Contract, p.4: "These judges flirted with the idea that a meeting of minds - consensus ad idem - was necessary for the formation of contract, and traces of their influence are still to be found in parts of the law." Ihren Ursprung hat diese Theorie in dem Bemühen der Equity-Gerichte gehabt, möglichst alle vertraglichen Rechtshandlungen auf den Parteienwillen zurückzuführen, siehe dazu Pound, An introduction to the philosophy of law, p.152; Buckland-Mc.Nair, Roman Law and Common Law, p.XIII seq.

Daß es sich bei der Liquidation eines gestörten Austauschverhältnisses jedoch um einen Vorgang handelt, der auf einer anderen Stufe als der Vertragsschluß vor sich geht, ist bald gesehen worden.²⁹

So ist vor allem von amerikanischer Seite starke Kritik an dieser offer-acceptance-theory geübt worden, da der Schuldner "kein Angebot in dem Sinne macht, daß er eine Antwort erwartet"³⁰. Trotzdem wird die Theorie von 'offer' und 'acceptance' weiter beibehalten.³¹ Daß es sich hier um eine Leerformel handelt, zeigt auch der Fall *British & Benningtons, Ltd. v. North Western Cachar Tea Co.*³² Hier hatten die Parteien den Kauf von Tee, der nach England geliefert werden mußte, vereinbart. Die Schiffe konnten in London und in anderen Häfen ihre Ladung nicht löschen, woraufhin die Käufer den Vertrag aufsagten. Da es sich um eine vorzeitige und nach den Umständen des Falles ungerechtfertigte Vertragsaufsage gehandelt hatte, erhielten die Verkäufer Schadenersatz zugesprochen. Die Käufer machten geltend, daß die Verkäufer zu dem Zeitpunkt der Annahme der repudiation selbst erfüllungsbereit gewesen sein müßten. Das Gericht verwarf dieses Argument.³³ Wäre die 'offer-acceptance-theory' zugrundegelegt wor-

- 29) Bowen, L.J. in *Mersey Steel* (1882) 9 Q.B.D.648, 671: "But we are dealing here, not with the right of one party to rescind the contract, but with his right to treat a wrongful repudiation as a complete renunciation of it."; *Boston Deep Sea & Ice Co. v. Ansell* (1888) 39 Ch.D.339; siehe die Kritik zur neuen Ansicht bei Tabachnik, p.171. Morison, p.21, hat diese Theorie als Fiktion erkannt, indem er ausführt: "In such cases the party repudiating 'may be said' to consent." Er hat aber nicht die erforderlichen Schlußfolgerungen daraus gezogen; vgl. auch Corbin, para.960; 699; Nienaber, p.218. Dies zeigt auch die Entwicklung der 'doctrine of quasi-estoppel', die für das Abgehen von dem ursprünglichen Verträge keine neue Leistungsverknüpfung (consideration) mehr verlangt, siehe Combe v. Combe (1951) 2 K.B.215.
- 30) Cohen, *The basis of contract*, (1933) 33 Harv.L.R.46; Corbin, para.960 seq.; unrichtig Tabachnik, p.161.
- 31) *Denmark Productions, Ltd. v. Boscobol Productions, Ltd.* (1969) 1 Q.B.699, 731; *Cheshire-Fifoot*, p.568, 569.
- 32) (1923) A.C.48.
- 33) (1923) A.C.48, 71, 72 per Lord Sumner; siehe dazu auch Tabachnik, p.163, 164; Treitel, *Contract*, p.532.

den, so hätten die Verkäufer mit ihren Erfüllungsbemühungen fortfahren müssen bis die Käufer sich entschieden hatten.

Es ist heute in der Praxis anerkannt, daß die vertragstreue Partei durch die Ausübung eines ihr zustehenden subjektiven Rechtes das Vertragsverhältnis umsteuern kann³⁴ und dadurch in der Lage ist, die andere Partei zu überwinden, ohne hierfür auf die Mitwirkung des Schuldners angewiesen zu sein. Ihre Begründung findet diese Auffassung darin, daß der Gläubiger aufgrund des Fehlverhaltens des vertragsuntreuen Teiles das Recht erhält nun seinerseits Rechtsfolgen daraus herzuleiten.³⁵ Die Einräumung der Befugnis an den Gläubiger eigenmächtig den weiteren Ablauf des Vertrages zu bestimmen, benachteiligt den Schuldner; er verliert die Möglichkeit zur Mitbestimmung über den Vertragsablauf. Darin zeigt sich eine Tendenz, den Parteiwillen als einzige Grundlage der Vertragsdurchführung durch objektive Kriterien zu ergänzen oder zu ersetzen.³⁶

b. Ausübung der 'Option' durch den Gläubiger

Hat sich der Gläubiger dazu entschlossen das bisherige Austauschverhältnis zu beenden, so muß er seine Entscheidung dem Vertragsgegner mitteilen oder durch sein Verhalten eindeutig zu erkennen geben, daß er das Vertragsverhältnis zu liquidieren gedenkt.³⁷

-
- 34) Lawson, Remedies of English Law, p.56, 281, bezeichnet diesen Vorgang als einen Akt der Selbsthilfe (case of self-help). Siehe auch Treitel, Some problems of breach of contract, (1967) 30 M.L.R.139, 149.
- 35) Nienaber, p.225: "A contract mutually made cannot be terminated unilaterally, unless the law authorises the one to do so by reason of the other's misconduct. The law authorises the innocent party to exercise the option", unter Hinweis auf Reid v.Hoskins (1856) 5 E.&B. 729. Zu der entsprechenden deutschrechtlichen Figur des Gestaltungsrechts siehe Leser, Die Vertragsaufhebung im EKG, p.14; Leser, Der Rücktritt vom Vertrag, p.223 seq. und dazu Art.74 EKG.
- 36) Lord Wright in Fibrosa Spolka (1943) A.C.170; Zweigert-Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung, Bd II, p.84, 88, 90; Esser, Grundsatz und Norm, p.333. Zu den verschiedenen Theorien der Vertragsauslegung siehe generell Pound, p.151 seq.
- 37) Veithardt & Hall, Ltd. v.Ryland Bros., Ltd. (1917) 87 L.J.Ch.

Solange der Gläubiger dies nicht tut, kann beziehungsweise muß der andere Teil sogar davon ausgehen, daß der ursprüngliche Vertrag bestehen bleibt und beide Seiten weiterhin ihren Leistungspflichten nachzukommen haben.³⁸

Seine Entscheidung zur Liquidation muß der Gläubiger dem Schuldner entweder ausdrücklich oder konkludent zu erkennen geben, wofür reines Schweigen nicht als ausreichend angesehen wird.³⁹ Der vertragstreue Teil kann seine Absicht nun auf verschiedene Art und Weise, je nach dem Stande des bisher durchgeführten Austauschverhältnisses, zu erkennen geben:

1. Er kann den Schuldner schriftlich oder mündlich davon in Kenntnis setzen, daß er das Leistungsverhältnis als beendet ansieht.⁴⁰
2. Die Entscheidung des Gläubigers kann sich auch konkludent aus seiner Handlung ergeben, so z.B. Verlassen des Hafens ohne die versprochene Ladung,⁴¹ Nichtanfertigung weiterer Artikel,⁴² Vornahme eines Deckungskaufes oder -verkaufes⁴³.

604; Reese River Silver Mining Co. v. Smith (1869) L.R. 4 H.L. 64, 74; Car and Universal v. Caldwell (1965) 1 Q.B. 525, 554; Goff-Jones, p.119. Die Frage nach der rechtswirksamen Ausübung der option ist eine Tatsachen- und keine Rechtsfrage, vgl. Kish v. Taylor (1912) A.C.604, 617.

- 38) Boston Deep Sea Fishing & Ice Co. v. Ansell (1888) 39 Ch.D.339, 364, 365. Demgegenüber schienen Lord Reid und Lord Hodson in der Suisse Atlantique Entscheidung (1967) 1 A.C.361 davon auszugehen, daß der Vertragsbruch das Primärleistungsverhältnis beende, falls die vertragstreue Partei es nicht bestätige. Diese Unterscheidung ist jedoch nicht von weittragender Bedeutung, da ein Entscheidungsvorgang auf jeden Fall erforderlich ist und die Tendenz besteht, den Vertrag möglichst fortbestehen zu lassen, vgl. Car and Universal (1965) 1 Q.B.525, 550 per Sellers; L.J.Coote, The rise and fall of fundamental breach, (1967) 40 A.L.J.336, 345 will diese rule auf die deviation-cases und die exception-clauses beschränken; vgl. auch Drake, Fundamentalism in contract, (1967) 30 M.L.R. 531, 538, 539.
- 39) Berners v. Fleming (1925) Ch.264; Veithardt & Hall, Ltd. v. Ryland Bros., Ltd. (1917) 87 L.J.Ch.604; Treitel, Contract, p.255.
- 40) Atiyah, Contract, p.259; Coote, The rise and fall, p.345; Treitel, Contract, p.244.
- 41) Barrick v. Buba (1857) 2 C.B.N.S.561.
- 42) Gueret v. Adorny (1893) 62 L.J.Q.B.633; Cort v. Ambergate, etc. Co.(1851) 17 Q.B.127; Tabachnik, p.163; Chitty, para.1343.
- 43) Danube & Black Sea v. Xenos (1863) 31 L.J.C.P. 284.

3. Hat der Gläubiger die Leistung dagegen bereits erhalten, so kann er sie an den Schuldner zurückgeben. Handelt es sich bei der Störung um das Vorliegen einer 'fraudulent misrepresentation' und hat der vertragstreue Teil seine eigene Leistung bereits erbracht, kann er sie vom Schuldner zurückholen.⁴⁴ Etwas anderes gilt jedoch dann, wenn er in bezug auf die Leistung der Gegenseite bereits eine Handlung vorgenommen hat, die mit der ursprünglichen Eigentümerstellung des Schuldners unvereinbar ist. In dem Falle Hardy & Co., Ltd. v. Hillerns & Fowler⁴⁵ hatte die Klägerin den Beklagten Weizen verkauft, der von Süd-Amerika verschifft wurde. Das Schiff kam am 18. März im Hafen von Hull an. Am 21. März verkauften die Beklagten einen Teil der Ladung und sandten ihn an ihre Abnehmer. Erst am 23. März hatten die Beklagten zum ersten Male Gelegenheit die Ware selbst zu inspizieren; dabei stellte sich heraus, daß die Ladung nicht mit der vertraglich geschuldeten übereinstimmte. Das Gericht vertrat die Auffassung, die Käufer hätten mit der Weiterveräußerung eine Handlung vorgenommen, die mit der Eigentümerstellung der Verkäuferin unvereinbar gewesen sei. Die Käufer hatten damit die fehlerhafte Leistung als die vertraglich geschuldete angenommen.⁴⁶
4. Der vertragstreue Teil kann Klage mit einem Antrag erheben, der mit dem Wesen des ursprünglichen Verhältnisses unvereinbar ist. Falls er mit der Klage seinen Anspruch auf Bezahlung

44) Re Eastgate (1905) 1 K.B.465; Treitel, Contract, p.244.

45) (1923) 2 K.B. 490.

46) So ausdrücklich s.35 S.G.A. 1893, vgl.dazu auch Atiyah, The Sale of Goods, p.279 seq.; Treitel, Contract, p.558. Die Gläubigerhandlung muß sich nämlich eindeutig als Entscheidung zur Abwicklung darstellen, Ashmor & Son v. C.S. Cox & Co. (1899) 1 Q.B.436. Zur Beendigung eines 'instalment-contract' vgl. Jenkins, The essence of contract, (1969) 27 C.L.J.251,253.

bereits erbrachter Leistungen verfolgt,⁴⁷ übt er sein Recht zur Beendigung lediglich dann aus, wenn aus der jeweiligen Fallgestaltung damit auch auf die Abstandnahme vom Primärleistungsverhältnis geschlossen werden kann.⁴⁸ Verlangt er Schadenersatz für einen vorangegangenen Vertragsbruch wird man in der Regel nur dann eine Beendigung annehmen dürfen, falls es sich um einen 'entire contract' gehandelt hat.⁴⁹

5. Falls der vertragstreue Teil seine eigene Leistung noch nicht erbracht hat, kann er sich der von der Gegenseite geltendgemachten Klage auf Naturalerfüllung (specific performance), durch die Einrede der Leistungsstörung der anderen Seite widersetzen.⁵⁰
 6. Er kann auch das Gericht um eine Erklärung des Inhalts ersuchen, daß er nicht länger an den ursprünglichen Vertrag gebunden ist;⁵¹ dabei ersetzt jedoch die von Seiten des Gerichts daraufhin abgegebene Erklärung nicht die Gläubigerhandlung.⁵²
- Es handelt sich bei diesen verschiedenen Kommunikationsvorgängen also immer um ein Verhalten des Gläubigers, das mit dem ursprüng-

-
- 47) Dabei handelt es sich um Leistungen aus einem 'divisible - severable contract', bei dem die Leistungen einzeln zu erbringen sind. Der Gegensatz dazu ist der 'entire contract', bei dem sich die Leistungspflicht in der einmaligen Erbringung erschöpft; Cheshire-Fifoot, p.151; Treitel, Contract, p.535, weist darauf hin, daß es eigentlich die "particular obligation under the contract" sei, die 'divisible' ist. Siehe auch Goff-Jones, p.327 seq. zum 'entire contract'.
 - 48) Sonst ist es ein 'neutral act'.
 - 49) General Billposting Co., Ltd. v. Atkinson (1909) A.C.118; Chitty, para. 1334; Treitel, Contract, p.578.
 - 50) Damont v. Gevers (1914) C.P.D. 140; Treitel, Contract, p.245.
 - 51) Société Maritime et Commerciale v. Venus Steamshipping Co. (1904) 9 Com.Cas. 289; Howard v. Pickford Tool (1951) 1 K.B.417.
 - 52) Denn "the Court has no absolving power", Lord Lorburn in *Tampin SS. v. Anglo-Mexican Petroleum Co.* (1916) 2 A.C.397, 404. Damit ist anerkannt, daß es der Gläubiger und nicht das Gericht ist, das das Primärleistungsverhältnis umsteuert. Dieser Vorgang ist dem deutschen Recht in § 894 ZPO bekannt.

lichen Verhaltensplan unvereinbar ist und die Umsteuerung auf die Liquidationsebene eindeutig erkennen läßt.

Fraglich ist, ob in denjenigen Fällen, in denen der Gläubiger lediglich den anderen Vertragsteil von der Umsteuerung in Kenntnis setzt, diesem Vorgang noch eine eindeutige Handlung nachfolgen muß.⁵³ Bejaht wird dies, wenn die Kenntnis des Vertragsgegners allein nicht als ausreichend angesehen werden kann, weil auch Außenstehende ein zu schützendes Interesse daran haben, den genauen Stand des Leistungsaustausches zwischen Gläubiger und Schuldner zum Zwecke der eigenen Dispositionen zu erfahren.⁵⁴

Von erheblicher Bedeutung ist in diesem Zusammenhang auch der Faktor Zeit, der die Ausübungsmöglichkeit der 'option' einschränken kann. Bei Kenntnis der Störung⁵⁵ ist der Gläubiger gehalten seine Entscheidung, das Austauschverhältnis nicht fortsetzen zu wollen, mit angemessener Schnelligkeit (with reasonable dispatch) der anderen Partei zur Kenntnis zu bringen.⁵⁶ Der Zeitraum, der dem Gläubiger dabei für die Entscheidung zur Verfügung steht, beginnt mit der Kenntnis von der Leistungsstörung oder dann, wenn der Gläubiger Kenntnis erlangt haben müßte.⁵⁷ Läßt der vertragstreue

- 53) Société Générale de Paris v. Milders (1883) 49 L.T. 55, 58; Treitel, Contract, p. 581.
- 54) So z.B. bei Zeichnung von Gesellschaftsanteilen: First National Reinsurance Co., Ltd. v. Greenfield (1921) 2 K.B. 260; Treitel, Contract, p. 256; Goff-Jones, p. 122 N. 76.
- 55) Etwas anderes gilt für Kaufverträge, die dem S.G.A. 1893 unterfallen. Hier ist eine Kenntnis des Gläubigers nicht erforderlich. Er muß lediglich die Möglichkeit gehabt haben die Waren zu inspizieren, Atiyah, The Sale of Goods, p. 280, 281; Anson-Guest, p. 136; Treitel, Contract, p. 558.
- 56) Halsbury, The Laws of England, vol. 8, p. 204: "The party to whom the right of election falls must signify his election in an unqualified manner and with reasonable dispatch", unter Bezugnahme auf Berners v. Fleming (1925) Ch. 264: "It is essential that a party to a contract, who desires to avail himself of an act of repudiation by the other party should evidence his election to do so with every reasonable dispatch."
- 57) Ellis & Co.'s Trustee v. Dixon-Johnson (1924) Ch. 342 per Lawrence, J.; Halkett v. Earl of Dudley (1907) 1 Ch. 590, 597: "It is in my opinion equally clear that this right of repudiation, whatever be its true nature, must be exercised, if it is to be exercised at all, as soon as the defect is ascertained"; Treitel, Contract, p. 256.

Teil diese Zeitspanne untätig verstreichen, ohne eine Erklärung abgegeben zu haben, so hat er nicht nur sein Recht zur Beendigung verwirkt, sondern muß sich sogar an dem ursprünglichen, nun durch die Störung veränderten, Leistungsverhältnis festhalten lassen.⁵⁸ Diese rechtliche Beschränkung der Lösungsmöglichkeit greift jedoch dann nicht ein, wenn Verhandlungen zwischen den Parteien im Hinblick auf die Störung im Gange sind.⁵⁹

Die Dauer der Zeitspanne richtet sich grundsätzlich nach der Schwere der Störung im Gesamtplan der Parteien. So wird bei der 'innocent' und der 'negligent misrepresentation' der Zeitraum kürzer bemessen als bei der 'fraudulent misrepresentation' und den Leistungsstörungen im engeren Sinne.⁶⁰ Dadurch werden die Bedürfnisse des Wirtschaftsverkehrs berücksichtigt: Die Rechtsfolgen der Vertragsstörung müssen möglichst schnell geklärt werden, damit die Wirtschaftsgüter nicht unnötig lange gebunden bleiben und eine eindeutige Güterzuordnung gewährleistet wird.⁶¹ Unterstützt wird diese Absicht auch dadurch, daß dem Schuldner eindeutig erkennbar sein muß, in welchem Sinne sich der andere Vertragsteil entschieden hat.⁶²

Davon zu unterscheiden ist die Frage, ob der Gläubiger an seine Entscheidung gebunden ist oder ob der vertragsuntreue Teil noch damit rechnen muß, daß der andere Vertragsteil seine Entscheidung

58) Clough v. London and North Western Ry. (1871) L.R. 7 Ex. 26, 35 per curiam: "Lapse of time without rescinding may furnish evidence that (the representee) has elected to affirm the contract".; Goff-Jones, p. 121.

59) Erlanger v. New Sombrero Phosphate Co. (1878) 3 App. Cas. 1218, 1248.

60) Treitel, Contract, p. 257; Goff-Jones, p. 121, 122; Stoljar, Mistake and misrepresentation, p. 109, 110 N. 50.

61) Jenkins, L.J., in Leaf v. International Galleries (1950) 2 K.B. 86, 92: "Falls ihm gestattet wird fünf, zehn oder zwanzig Jahre zu warten und dann den Vertrag (bargain) wieder aufzunehmen, dann kann es überhaupt kein Ende geben." Siehe auch Lord Denning, M.R., in Oscar Chess, Ltd. v. Williams (1957) 1 W.L.R. 370, 373, 374.

62) Coote, The effect of discharge, p. 225: "Es würde gegenüber der vertragsuntreuen Partei (party in breach) zweifellos ungerecht sein, sie im ungewissen darüber zu lassen, ob eine Beendigung

noch ändern kann. Es wird hierzu allgemein angenommen, daß der Gläubiger nach Ausübung dieses Rechtes eine endgültige Entscheidung getroffen hat, die beide Parteien bindet.⁶³

Etwas anderes gilt lediglich dann, wenn der Gläubiger nach der Ausübung seines Rechtes Kenntnis von einer zweiten Störung erhält, die bereits im Zeitpunkt der Ausübung vorhanden gewesen ist. In diesem Falle kann er seine Entscheidung ändern,⁶⁴ sofern nicht bei der ersten Ausübung angenommen werden mußte, daß er damit gleichzeitig auf die Geltendmachung aller aus dem Vertragsverhältnis entstehender 'points of discrepancy' verzichtet hat.⁶⁵ So weisen Cheshire-Fifoot darauf hin, daß diese Möglichkeit der einmaligen Ausübung für alle Fälle, in denen ein Wahlrecht (choice) über den weiteren Verlauf des Vertrages bestehe, das generelle Prinzip sei.⁶⁶

Daran zeigt sich, daß die Umsteuerung bei den Leistungsstörungen des Vertragsbruches (breach), der Erfüllungsweigerung (renunciation) und der 'mere misrepresentation' auf der gleichen Grundlage beruht und der Gläubiger durch die Ausübung seines ihm, aufgrund des Fehlverhaltens der Gegenseite, eingeräumten Rechtes den Vertrag auf die Liquidationsebene umschalten kann.⁶⁷

(discharge) stattgefunden hat oder nicht."; Atiyah, Contract, p.259.

- 63) Spencer Bower, Actionable Misrepresentation, p.259: "The election to rescind or to affirm, once exercised, is exercised forever. Quod in electionibus semel placuit, amplius dis plicere non potest. (c.Litt.146a)"; Abram Steamship Co. v. Westville Shipping Co. (1923) A.C.773, 787; Scarf v. Jardine (1882) 7 App. Cas.345, 361; zweifelnd Stoljar, p.98, 99 N.2. Bindungswirkung erzielt die Erklärung des Gläubigers dann, wenn der Schuldner von dieser Kenntnis erlangt hat, vgl. Cheshire-Fifoot, p.261.
- 64) Re The London and Provincial Electrical Lightning and Power Co. Ltd. (1886) 55 L.T.670, 671 per Chitty, J.; Yeoman Credit, Ltd. v. Apps (1962) 2 Q.B.508; Goff-Jones, p.121.
- 65) Re Russian (Vyksounsky) Ironworks Co. (1867) L.R.3 Eq.790; Law v. Law (1905) 1 Ch.140; Goff-Jones, p.121.
- 66) Cheshire-Fifoot, p.571 N.5; Allen v. Robles (1969) 1 W.L.R.1193; Atiyah, Contract, p.258, 259.
- 67) Treitel, Contract, p.538 N.2, 243; Morison, Rescission, p.14, 15: "It is submitted that although the grounds for rescission or discharge in the respective cases may be differently expressed, they are, in effect, identical in principle."; Montrose, p.73; Atiyah, The Sale of Goods, p.289, 291; Tabachnik, p.162.

Nicht ganz geklärt ist die dogmatische Basis dieses Vorganges selbst. Nach der Ansicht von Cheshire-Fifoot⁶⁸ beruht er auf 'waiver': die Partei verzichtet auf die weitere Geltendmachung der Primärleistung. Dieser Verzicht (waiver) ist ein Ausfluß des 'Estoppel-Grundsatzes'; der Gläubiger ist 'estopped' sich in Widerspruch zu der eigenen Erklärung und/oder Handlung zu setzen und die einmal gemachte Entscheidung zu widerrufen.⁶⁹ Die Grundsätze des Estoppel greifen at law jedoch nur dann ein, wenn die Partei auf eine bereits bestehende Tatsache (fact) verzichtet und nicht bei Verzicht auf ein zukünftiges Versprechen. Equity vermeidet diese dogmatischen Schwierigkeiten dadurch, daß man den Vorgang als eine 'Art Estoppel' (kind of estoppel) bezeichnet.⁷⁰

II. Rescission after misrepresentation

Auch für die Beeinträchtigung des Erwartungsinteresses in Form der 'mere misrepresentation'⁷¹ ist - wie oben dargelegt - dem representee die Möglichkeit eröffnet, das ursprüngliche Vertragsverhältnis zu liquidieren und rückabzuwickeln. Dieser Vorgang wird mit dem Begriff 'rescission' umschrieben. Dabei wird durch die Ausübung der rescission das Primärleistungsverhältnis mit rückwirkender Kraft aufgehoben; es gilt als 'voidable ab initio'. Nach Cheshire-Fifoot⁷² wird der 'contractual nexus' zwischen den beiden Parteien zerstört.

68) Cheshire-Fifoot, p.534; zweifelnd Stoljar, Mistake, p.98, 99 N.2.

69) So ausdrücklich Halsbury, vol.15, p.171, 172; Abram Steamship Co. v. Westville Shipping Co. (1923) A.C.773, 787; Scarf v. Jardine (1882) 7 A.C.345, 360 per Blackburn, L.J.,.

70) Charles Rickards, Ltd. v. Oppenheim (1950) 1 K.B.616, 623 per Lord Denning, M.R.,.

71) 1.Kapitel, III., p.23 seq.

72) Cheshire-Fifoot, p.261, unter Hinweis auf Abram Steamship Co. v. Westville Shipping Co. (1923) 773, 781.

Die Möglichkeiten des vertragstreuen Teiles diese Rechtsfolge geltend zu machen, sind durch den Misrepresentation Act 1967 in einem nicht unerheblichen Maße erweitert worden. Jetzt kann der representee für alle Erscheinungsformen der misrepresentation rescission begehren, wobei ihm im Falle einer 'fraudulent' oder 'negligent misrepresentation' zusätzlich Schadenersatz zuerkannt wird. Da das Gesetz auf einer Vorlage aus dem Jahre 1962 beruht, die nach der Hedley Byrne⁷³ Entscheidung nicht revidiert worden ist, läßt es Zweifelsfragen offen, zumal es der Gesetzgeber auch versäumt hat, eine Definition der rescission zu geben und den dabei zugrundeliegenden Vorgang näher zu beschreiben. Die Rechtslage ist daher unklar.⁷⁴

Die Rechtsfigur der rescission umfaßt sowohl die Erklärung der Beendigung des Primärleistungsverhältnisses als auch darüber hinaus die Wiederherstellung desjenigen Zustandes, der vor der Eingehung in das Vertragsverhältnis zwischen den beiden Parteien bestanden hatte. Die Erledigungserklärung des Primäraustauschverhältnisses wird isoliert betrachtet auch mit dem Begriff 'avoidance' bezeichnet.⁷⁵

Auch 'at law' war die Rechtsfigur der rescission bekannt, unterschied sich jedoch von derjenigen der Equity insofern, als sie den Rückaustausch der erbrachten Leistungen nicht mitumfaßte.⁷⁶

73) Hedley Byrne & Co., Ltd. v. Heller & Partners, Ltd. (1964) A.C.465.

74) Atiyah-Treitel, Misrepresentation Act, (1967) 30 M.L.R.369, 370; Allan, The scope of the contract, (1967) 41 A.L.J.274 seq.

75) Cheshire-Fifoot, p.265; Stoljar, Mistake, p.98.

76) Stoljar, Mistake, p.104 N.26: "The remedy will not effect a restitutio in one operation."; Bowen, L.J., in Newbigging v. Adam (1886) 34 Ch.D. 582, 592; Cheshire-Fifoot, p.261

Da die vorherrschende rescission nach Equity auch die Wiederherstellung des alten Zustandes bewirkt, ist es für den vertragstreuen Teil insbesondere dann angebracht, rescission zu begehren und durchzuführen, wenn bereits ein Leistungsaustausch mit dem Schuldner stattgefunden hat und der Vertrag nicht mehr auf beiden Seiten unerfüllt (wholly executory) ist. Eine andere Sachlage ergibt sich jedoch dann, wenn die alleinige Existenz des Vertrages eine Gefahr für den representee darstellt. Diese Situation ist z.B. dann gegeben, wenn es sich um Wertpapiere (negotiable instruments) handelt oder um einen Vertrag, der einen Besitztitel enthält, der gegen ihn geltend gemacht werden kann, so wie es z.B. bei einem Mietvertrag in der Form des 'lease' der Fall ist.⁷⁷ Allgemein spricht man hier von einer 'cancellation', der insofern eine besondere Funktion zukommt, als die Außerkraftsetzung des Vertragsverhältnisses nicht durch den Gläubiger sondern durch das Gericht selbst vorgenommen wird.⁷⁸

1. Beschränkung in der Ausübungsmöglichkeit der rescission

Will der Gläubiger 'rescission' geltend machen, so ist er verschiedenen Beschränkungen unterworfen.⁷⁹ Neben den oben besprochenen Anforderungen an Art und Zeit der Erklärung handelt es sich vor allem um das Prinzip der 'restitutio in integrum' und um Rechte Dritter. Ein Ausschluß der rescission beschränkt aber nicht das Recht des Gläubigers, Schadenersatz in den Fällen der 'fraudulent' oder 'negligent misrepresentation' verlangen zu können.

77) Lease hat dingliche Wirkung, da dem 'lessee' (Mieter) ein absolutes Recht gegen Dritte eingeräumt wird; Lawson, Law of Property, p.117 seq.; Spencer Bower, p.274 N.25. Zur Unterscheidung des Mietvertrages als Form eines absoluten Rechtes im englischen Recht und der kontinentalen Auffassung, siehe Friedmann, Legal Theory, p.519, 520.

78) Stoljar, Mistake, p.98, 99 N.2; Goff-Jones, p.127 N.20.

79) Siehe die Kritik dieser Beschränkungen bei Allan, p.279, 291.

a. Restitutio in integrum

Wenn es Ziel und Zweck der rescission ist, für beide Parteien den Zustand wieder herzustellen, der vor Vertragsabschluß bestanden hatte, so muß eine 'restitutio in integrum' überhaupt möglich sein. Lord Blackburn führte dazu in *Erlanger v. New Sombrero Phosphate Co.*⁸⁰ aus: "It is, I think, clear on principles of general justice, that as a condition to a rescission there must be a restitutio in integrum. The parties must be put in statu quo." Aus dieser Urteilsbegründung ergibt sich, daß die Durchführung der rescission bei bestimmten Vertragsarten bereits aufgrund des Gegenstandes des Leistungsaustausches von vornherein als ausgeschlossen anzusehen ist. Es handelt sich dabei z.B. um Verträge, bei denen die Leistungspflicht in Sach- oder Dienstleistungen bestand, die nicht rückgabefähig sind.⁸¹ Des weiteren ist rescission dann ausgeschlossen, wenn der Besitz der ursprünglichen Leistung nicht mehr vorhanden oder die Leistung verbraucht worden ist.⁸² Bei denjenigen Verträgen, bei denen die restitutio grundsätzlich erreichbar ist, stellt sich dann die Frage nach dem erforderlichen Ausmaß der Wiederherstellung des alten Zustandes. At law wurde eine rescission schon dann verweigert, wenn der representee nicht in der Lage gewesen ist, genau die gleiche Ausgangsposition wieder herzustellen.⁸³ Dabei ist diese rule in einigen Fällen so streng angewandt worden, daß selbst eine zeitweilige Inbesitznahme eines Grundstücks den Ausschluß herbeiführen konnte, weil die gezogenen Nutzungen sich der restitutio ent-

80) (1878) 3 App.Cas. 1218, 1278.

81) *Cheshire-Fifoot*, p.265; *Goff-Jones*, p.114, 115: "A benefit under the contract which of its very nature cannot be restored, or which he has consumed or disposed of."; *Treitel, Contract*, p.250.

82) *Clarke v. Dickson* (1858) E.B. & E.148, 155 per *Crompton, J.*; *Treitel, Contract*, p.250.

83) *Cheshire-Fifoot*, p.261.

zogen.⁸⁴ Demgegenüber wird es nach den Grundsätzen der Equity als ausreichend angesehen, wenn die restitutio dem Wesen nach möglich ist.⁸⁵ Es ist lediglich erforderlich, daß der erlangte Leistungsgegenstand selbst zurückgegeben werden kann, wenn auch in einer gegenüber dem ursprünglichen Zustande veränderten Form oder mit geringerem Wert. Maßgeblich ist dabei lediglich, daß die Identität des Gegenstandes noch gewahrt sein muß. So ist z.B. eine Mine trotz Ausbeutung oder sind Gesellschaftsanteile trotz Wertverlustes restitutionsgeeignet.⁸⁶ Die Grenzlinie zwischen Identitätsverlust und unbeachtlicher Veränderung ist in vielen Fällen nicht einfach zu ziehen. So wurde rescission in einem Fall abgelehnt, weil die Gesellschaft in der Zwischenzeit in eine solche mit beschränkter Haftung umgewandelt worden war.⁸⁷

-
- 84) Blackburn v. Smith (1848) 2 Ex. 783; Hunt v. Silk (1804) 5 East 449; dieser Fall fällt eigentlich unter die Kategorie 'breach'. Die Mitbehandlung bei der misrepresentation zeigt die starke Gleichsetzung der Liquidationssperren; Treitel, Contract, p. 253; Anson-Guest, p. 242 seq.
- 85) Lord Blackburn in Erlanger v. New Sombrero Phosphate Co. (1878) 3 App. Cas. 1218, 1278: "Und ich glaube die Praxis des Equity-Gerichts ist es immer gewesen, diese Befreiung dann zu geben, wenn es durch die Ausübung seiner Macht tun kann, was praktisch gerecht (practically just) ist, obgleich es die Parteien nicht in den gleichen Stand zurücksetzen kann, in dem sie sich vor Abschluß des Vertrages befunden hatten."; Treitel, Contract, p. 253; Redgrave v. Hurd (1881) 20 Ch. D. 1.
- 86) Erlanger v. New Sombrero Phosphate Co. (1878) 3 App. Cas. 1218; Spende v. Crawford (1939) 3 All. E. R. 271; a. A. Cheshire-Fifoot, p. 265.
- 87) Clarke v. Dickson (1858) E. B. & E. 148, 155; Goff-Jones, p. 114. Bei dieser Entscheidung handelt es sich jedoch um einen extremen Anwendungsfall; vgl. dazu Spence v. Crawford (1939) 3 All. E. R. 271, wo eine Änderung in dem Gesellschaftsvertrag und den Anteilen selbst stattgefunden hatte, diese Vorgänge jedoch nicht als Ausübungssperren angesehen worden sind. Clarke v. Dickson läßt sich dadurch rechtfertigen, daß in dem Zeitpunkt der Entscheidung eine starke Abneigung gegen Gesellschaften mit beschränkter Haftung bestanden hatte. Diese Gesellschaftsform war seit 1854 durch statute anerkannt und bis zur Entscheidung waren negative bzw. schlechte Erfahrungen gemacht worden.

Die Kriterien in den Grenzfällen scheinen zu sein, ob die Veränderung auch ohne Eingreifen des representee aufgetreten wäre und welche Erscheinungsform der misrepresentation vorgelegen hat.⁸⁸ In der Entscheidung *Armstrong v. Jackson*⁸⁹ wurde ein Kaufvertrag über Gesellschaftsanteile, die zwischenzeitlich erheblich im Wert gefallen waren, als rückabwicklungsfähig angesehen.

Es wird also in der Regel als ausreichend angesehen, wenn der nun verschlechterte oder stark veränderte Leistungsgegenstand selbst zusammen mit einem wertauffüllenden Schadenersatz herausgegeben wird.⁹⁰ Der Zweck der rescission besteht nämlich, selbst wenn es sich um eine 'fraudulent misrepresentation' gehandelt hat, nicht in einer Bestrafung des vertragsuntreuen Teiles oder Bereicherung des vertragstreuen Teiles, sondern vor allem in dem Ausgleich.⁹¹ Es wird nach den Grundsätzen der Equity als gerechter angesehen, wenn der representor die veränderte Leistung zusammen mit einem Schadenersatz erhält, als daß ihm gestattet wird, den vollen Profit seiner schuldhaften, d.h. ihm als Fehlverhalten zuzurechnenden Handlung, zu behalten.⁹² Es handelt sich hierbei um einen Ausfluß des Grundsatzes: 'no man can take advantage of his own wrong'.⁹³ In diesem Sinne bemerkte Lord Wright: "The court can go a long way in ordering restitution if the substantial identity of the subject matter of the contract remains."⁹⁴

88) Goff-Jones, p.115: "Depreciation which would have occurred in any event has been disregarded."; *Adam v. Newbigging* (1888) 13 App. 208, 330.

89) (1917) 2 K.B. 822, 829.

90) *Senanayake v. Cheng* (1966) A.C.63; Goff-Jones, p.114. Es handelt sich hierbei um ein den §§ 350, 351 BGB vergleichbares Prinzip.

91) Lord Wright in *Spence v. Crawford* (1939) 3 All E.R.271, 288, 289: "Though the defendant has been fraudulent, he must not be robbed, nor must the plaintiff be unjustly enriched. The purpose of relief is not punishment but compensation."

92) *Spence v. Crawford* (1939) 3 All E.R.271, 289; Goff-Jones, p.115; *Cheshire-Fifoot*, p.265.

93) Goff-Jones, p.23.

94) *Spence v. Crawford* (1939) 3 All E.R.271, 289; Goff-Jones, p.116.

b. Ausschluß durch Rechte Dritter

Die rescission ist auch dann ausgeschlossen, wenn ein unbeteiligter Dritter den Leistungsgegenstand gegen Entgelt, sog. 'value' oder 'valuable consideration', erlangt hat. Da die misrepresentation den Vertrag lediglich anfechtbar (voidable) macht, ist die bis zur Ausübung der rescission vorgenommene Eigentumsübertragung voll wirksam. Es muß sich dabei aber um einen rechtlich vollwirksamen Eigentumsübergang handeln. Demgegenüber reicht nach der Ansicht Stoljars⁹⁵ jede Eigentumsübertragung aus, also auch z.B. ein Erwerb aufgrund von Schenkung, bei der nach englischer Auffassung keine volle 'consideration' gegeben ist. Nach Goff-Jones⁹⁶ soll eine Abtretung, der dingliche Wirkung zukommt und die als 'assignment' bezeichnet wird, nicht genügen. Maßgeblich ist aber auf alle Fälle, daß der Dritte gutgläubig gewesen ist, also die misrepresentation nicht kannte. Hatte die dritte Person von der misrepresentation Kenntnis, kann der representee gleichwohl das Vertragsverhältnis liquidieren.⁹⁷

Ein besonderer Anwendungsfall des Ausschlusses ist bei Gesellschaftsverträgen gegeben. Dem representee ist hier das Recht zur Ausübung der rescission dann versperrt, wenn davon Gesellschaftsgläubiger betroffen werden. Die rule lautet, daß die rescission auf jeden Fall dann ausgeschlossen ist, wenn die Gesellschaft in Liquidation geht.⁹⁸

c. Andere Sperren vor Misrepresentation Act 1967

Vor Erlaß des Misrepresentation Act 1967 gab es eine weitere Ausübungssperre: Der vollständige, wechselseitige Leistungsaustausch

95) Stoljar, Mistake, p.99 N.5.

96) Goff-Jones, p.117, unter Bezugnahme auf amerikanische Entscheidungen.

97) Clough v. North Western Ry. (1871) L.R.7 Ex.26; Goff-Jones, p.117; Treitel, Contract, p.243.

98) Sog. 'commencement of winding-up proceedings', vgl. Oakes v. Turquand and Harding (1867) L.R. 2 H.L. 325; Whiteley's Case (1900) 1 Ch.365; Goff-Jones, p.118.

schloß die rescission aus. Dieser Ausschluß hat jedoch dann nicht gegolten, wenn die misrepresentation 'fraudulent' begangen worden war. In diesem Fall stand dem vertragstreuen Teile die Möglichkeit zur Liquidation durch rescission immer zu.⁹⁹

Diese Beschränkung der Rückabwicklung hat ihren Ursprung in der Entscheidung Wilde v. Gibson,¹⁰⁰ in der es um ein bei der Grundstücksauflassung nicht bekanntes Wegerecht (right of way) ging. Nach der Auffassung des House of Lords konnte die voll erfolgte Übereignung des Grundstücks aus diesem Grunde nicht rückabgewickelt werden. Im Laufe der Zeit wurde diese rule auf fast alle Grundstücksfälle angewandt und war auch bekannt als 'rule Angel v. Jay'.¹⁰¹ Des weiteren wurde sie in einigen Fällen auf Gesellschaftsanteile¹⁰² sowie zeitweilig auch auf bewegliche Sachen, sog. 'chattels', angewandt.¹⁰³

Bis zum Erlaß des Misrepresentation Act 1967 war das genaue Ausmaß der Anwendung dieser rule nicht ganz geklärt.¹⁰⁴ Das Prinzip für die Einschränkung der rescission kann darin gesehen werden, daß das Recht auf die dingliche Rechtslage größere Rücksicht genommen hat, als auf obligatorische Ansprüche.¹⁰⁵

Diese Beschränkung ist jetzt durch s.1(b) des Misrepresentation Act 1967 aufgehoben worden. Nunmehr spielt es für die Durchführung der rescission keine Rolle mehr, in welchem Stadium des Lei-

99) Wilde v. Gibson (1848) 1 H.L.C.605; Goff-Jones, p.123.

100) (1848) 1 H.L.C.605.

101) (1911) 1 K.B.666; Cheshire-Fifoot, p.268.

102) Seddon v. North Eastern Salt Co. (1905) 1 Ch.326.

103) Leaf v. International Galleries (1950) 2 K.B.86; die Urteilsbegründung von Lord Denning, M.R., war dabei aber insoweit 'obiter'.

104) Treitel, Contract, p.249; Goff-Jones, p.124, Siehe auch die Kritik von Hammelmann, Seddon v. North Eastern Salt Co., (1941) 55 L.Q.R.90; Lord Denning, M.R., in Leaf v. International Galleries (1950) 2 K.B.86, 90; offengelassen in Long v. Lloyd (1958) 1 W.L.R.753, 758.

105) Treitel, Contract, p.243, 249; Pound, p.147: "The 19th century making the philosophy of property the important thing, rested contract on property."

stungsaustausches der representee die misrepresentation als solche erkannt hat. Er kann die rescission jetzt in jedem Falle geltend machen.¹⁰⁶ Dies erscheint auch deshalb gerechtfertigt, weil der Käufer meist erst nach der Auflassung in der Lage sein dürfte, den vollen Umfang der misrepresentation zu erkennen und daher schutzbedürftiger erscheint als der Verkäufer.¹⁰⁷

2. Verhältnis bei 'mere misrepresentation' - incorporated misrepresentation

Vor Erlass des Misrepresentation Act 1967 bestand Klarheit darüber, daß der representee die Rechtsfolge der rescission bei Vorliegen einer 'mere misrepresentation' geltend machen konnte. Nicht geklärt war jedoch, ob dieser Rechtsbehelf auch dann gegeben war, wenn dem Gläubiger aufgrund der Einbeziehung der Tatsachenbehauptung in den Vertrag selbst die Rechte aus 'breach' zustanden. Nach der Entscheidung *Pennsylvania Shipping Co. v. Compagnie Nationale de Navigation*¹⁰⁸ hatte er dieses Recht auf rescission nicht, weil "es in einem höheren vertraglichen Anspruch aufgeht."¹⁰⁹ S.1(a) des Misrepresentation Act 1967 legt nun fest, daß das Recht zur Liquidation nicht dadurch verlorenggeht, daß die misrepresentation 'Bestandteil' des Vertrages geworden ist. Nicht eindeutig ist aber, in welchem Verhältnis diese rescission aufgrund der mere misrepresentation zu dem Recht auf Schadenersatz wegen Vertragsbruches steht. Da die rescission das Vertragsverhältnis in seiner

106) Treitel, *Contract*, p.249; a.A. Stoljar, *Mistake*, p.101, 102.

107) Goff-Jones, p.124: "Because in present day conditions when housing is short, a purchaser or lessee may often be unable to inspect the premises until after completion."; siehe auch *Cheshire-Fifoot*, p.268, die auf den Nachteil des Verkäufers abstellen.

108) (1936) 2 All E.R.1167.

109) Lord Denning, M.R., in *Leaf v. International Galleries* (1950) 2 K.B.86, 90, 91. Nach dieser Entscheidung geht das Recht aufgrund einer misrepresentation rescission verlangen zu können verloren, wenn das Recht die Leistung wegen 'breach' zurückweisen zu können, nicht mehr gegeben ist; denn "eine

Gesamtheit aufhebt, und zwar rückwirkend, kann man argumentieren, daß damit auch der Schadenersatzanspruch des vertragstreuen Teiles wegen des Vertragsbruches selbst entfällt.¹¹⁰ Nach dem Wortlaut der s.2(1) des Misrepresentation Act 1967 besteht auch die Möglichkeit, daß sich die rescission lediglich auf die misrepresentation bezieht und das Recht auf Schadenersatz wegen des Vertragsbruches unberührt läßt.¹¹¹ Demgegenüber steht es nach s.2(2) des Misrepresentation Act 1967 im Ermessen des Gerichts den Vertrag als weiterbestehend zu behandeln und anstelle des Rückaus-tausches der beiderseitigen Leistungen den Gläubiger auf seinen Schadenersatzanspruch zu beschränken, sofern es sich nicht um eine 'fraudulent' oder 'negligent misrepresentation' gehandelt hat. Voraussetzung dafür ist jedoch, daß das Gericht im Zeitpunkt der Zuerkennung der einen Rechtsfolge auch in der Lage sein muß den anderen Weg zu beschreiten. Dies ergibt sich aus dem Wortlaut: "... would be entitled ... to rescind"¹¹². Danach ist der Anspruch auf Schadenersatz anstelle der rescission verloren, wenn eine Durchführung der rescission nicht möglich ist.¹¹³ Es wird also eine gewisse Abhängigkeit der beiden Rechtsfolgen erzielt, während früher der Schadenersatzanspruch trotz der Untergangsmöglichkeit der rescission weiterbestand. Die frühere Ansicht beruhte auf der Betrachtung, daß der Schadenersatz das vorherrschende Rechtsmittel sei.¹¹⁴ Das Gericht wird durch die Einräumung dieses Ermessensspielraumes in die Lage versetzt das Vertragsverhältnis in seiner Gesamtheit zu würdigen und nach Abwägung der Interessenlage die eine oder die andere Rechtsfolge zuzuerkennen.¹¹⁵

misrepresentation ist viel weniger durchschlagend (much less potent) als ein Vertragsbruch". Damit zeigt sich die Rangfolge der Störungsformen im Zweckstreben des Gläubigers; vgl. auch Goff-Jones, p.102 N.7.

110) Treitel, Contract, p.248.

111) Sutton-Shannon, p.187.

112) Atiyah-Treitel, p.369.

113) Sutton-Shannon, p.189.

114) Stoljar, Mistake, p.107; Treitel, Problems of breach, p.147.

115) Atiyah-Treitel, p.378, 379; Treitel, Contract, p.235.

Somit erhält der Gläubiger Schadenersatz für die Beeinträchtigung seines Zweckstrebens sowohl wegen der misrepresentation als auch wegen breach of contract zugesprochen. Wahrscheinlich wird dann ausschließlich der Schadenersatzanspruch wegen des Vorliegens des Vertragsbruches zuerkannt werden, wenn das 'Stufenverhältnis' (higher contractual right) ernst genommen wird.

Nicht geklärt ist die Rechtsfolge auch dann, wenn dem representee sowohl aufgrund der misrepresentation als auch aufgrund des Vertragsbruches die Möglichkeit zur Liquidation offensteht und er vom Gericht lediglich 'rescission' begehrt. Dieses Verlangen kann einerseits dahin interpretiert werden, daß der representee geltend macht, daß der Vertrag "liquidiert werden soll oder umgesteuert worden ist". Das Gericht könnte daher dem vertragstreuen Teile die Rücktrittsmöglichkeit in denjenigen Fällen abschneiden, in denen mit Hilfe des Schadenersatzes allein ein ähnlicher wirtschaftlicher Erfolg erreicht wird. Auf der anderen Seite zeigen die Materialien zu dem Misrepresentation Act 1967 keine derartige Änderungsabsicht. Nach Atiyah¹¹⁶ und Treitel¹¹⁷ sollen die Rechte wegen Vertragsbruches durch s.2(2) Misrepresentation Act 1967 nicht berührt werden, so daß dem Gericht in diesem Falle kein Ermessensspielraum zusteht, ob das Vertragsverhältnis weiter fortbesteht oder nicht.

116) Atiyah, The Sale of Goods, p.292.

117) Treitel, Contract, p.249.

3. Rücktausch der Leistungen und das Verhältnis zum Schadenersatzanspruch

Die Rechtsfigur der rescission umfaßt über die Lösung von den vertraglichen Pflichten hinaus auch den Vorgang des Rücktausches der zwischen den Parteien bereits erbrachten Leistungen.

Der Gläubiger ist hierbei gehalten, dem representor dessen eigene Leistung wieder anzubieten und zwar als Erfüllung der Ansprüche aus dem Rückabwicklungsverhältnis.¹¹⁸ Auch der representor ist verpflichtet die von Seiten des vertragstreuen Teiles erbrachte Leistung an diesen zurückzuerstatten, damit ein "giving back and taking back on both sides" entsteht.¹¹⁹ Dieser gegenseitige Rücktausch der Leistungen umfaßt sowohl die obligatorischen als auch die dinglichen Rechte, so daß das Eigentum "will re-vest in the seller"¹²⁰. Es findet also zwischen den beiden Parteien ein wechselseitiger Austausch aller erbrachten Leistungen statt, der in einem Gegenseitigkeitsverhältnis steht. Damit kommt zwischen dem vertragstreuen Teil und dem Schuldner ein echtes Rückgewährschuldverhältnis zustande.

Das Recht des vertragstreuen Teiles ist aber nicht auf den einfachen Rücktausch der Leistungen beschränkt. Allein hierdurch kann in vielen Fällen keine 'restitutio in integrum' erzielt werden, zumal wenn der representee Aufwendungen gemacht hat, die er ohne misrepresentation nicht hätte machen müssen.¹²¹ Aus diesem

118) Lord Macmillan in *Steedman v. Frigidaire Corp.* (1932) W.N. 248 (P.C.); *Glasgow and South Western Ry. v. Boyd & Forrest* (1915) A.C.526, 1915 S.C.20; Goff-Jones, p.126.

119) *Newbigging v. Adam* (1886) 34 Ch.D.582, 595 per Bowen, L.J.,.

120) *Car and Universal* (1965) 1 Q.B.525, 554 per Lord Upjohn; Sutton-Shannon, p.182; Goff-Jones, p.126 N.8: "Property in goods conveyed under the contract will re-vest in the transferor upon rescission of the contract."

121) Bowen, L.J., in *Newbigging v. Adam* (1886) 34 Ch.D.582, 596; Treitel, Contract, p.241.

Grunde wird ihm zusätzlich zur rescission ein Anspruch gegenüber dem Schuldner zuerkannt, der ihn berechtigt von seinen Verbindlichkeiten, soweit sie aufgrund des gestörten und nun liquidierten Vertragsverhältnisses eingegangen worden sind, befreit zu werden, sog. 'indemnity'¹²².

Nicht geklärt war dabei eine Zeit lang, wie dieser Anspruch zu begrenzen ist, um den vertragstreuen Teil nicht über Gebühr zu bevorzugen. Diese Gefahr besteht, weil der Anspruch auf 'indemnity' mit dem Schadenersatzanspruch identisch sein kann. Während in *Newbigging v. Adam*¹²³ von Fry, L.J., die Ansicht vertreten worden ist, dieser Anspruch "umfasse alle Verpflichtungen, die durch den Vertrag eingegangen worden sind, sofern diese Verpflichtungen innerhalb der notwendigen und angemessenen Erwartung der Parteien zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses sind", vertrat Bowen, L.J., eine restriktivere Interpretation. Nach der von Fry, L.J., vertretenen Ansicht geht der indemnity Anspruch genau so weit wie der vertragliche Schadenersatzanspruch und ist mit diesem deckungsgleich. Der vertragstreue Teil würde dabei also seine eigene Leistung wieder erhalten und darüber hinaus noch allen ihm entstandenen Schaden ersetzt bekommen.¹²⁴ Die abweichende Auffassung (dissenting judgement) von Bowen, L.J., ist in der Entscheidung *Whittington v. Seale-Hayne*¹²⁵ gebilligt worden und wird der Auffassung von Fry, L.J., vorgezogen.¹²⁶ Danach reicht der Freistellungsanspruch des Gläubigers lediglich soweit, wie ihm die Verbindlichkeiten aufgrund des Vertragsverhältnisses s e l b s t erwachsen sind. Es wird also nur derjenige Schaden ersetzt, der als notwendige und unvermeidbare Folge der neuen Rechtsstellung

122) Die 'indemnity' stellt genauso wie die Rechtsfigur der rescission ein Equity Rechtsmittel dar und "equity does what it considers just"; Treitel, Contract, p.239.

123) (1886) 34 Ch.D.582.

124) *Stoljar*, Mistake, p.111.

125) (1900) 82 L.T.49; Treitel, Contract, p.239.

126) Treitel, Contract, p.239, 241; Goff-Jones, p.127.

des Gläubigers nach Vertragsabschluß eingetreten ist.¹²⁷ Der Ersatz allen anderen Schadens, auch der einer neuen, erst aufgrund des ursprünglichen Vertragsverhältnisses eingegangenen Verbindlichkeit ist demgegenüber ausgeschlossen.¹²⁸ In der Entscheidung Whittington v.Seale-Hayle¹²⁹ hatte der Kläger von dem Beklagten ein Grundstück zum Zwecke der Hühnerzucht gemietet. Die Angaben über den ordnungsgemäßen Zustand der sanitären Anlagen stellten sich als falsch heraus. Das Wasser war gesundheitsschädlich, so daß der Manager krank wurde und die Zuchthühner starben. Der Beklagte zahlte £ 20 an den Kläger für die bereits bezahlte Miete und die durchgeführte Reparatur der sanitären Anlagen. Die Ansprüche des Klägers wegen Verlustes der Hühner, entgangenen Gewinnes und Heilungskosten des Manager wurden abgewiesen, da dies Schadenersatzansprüche waren.

Zwar ist die genaue Abgrenzung zwischen rescission mit indemnity und Schadenersatz nicht leicht zu finden, aber die Bedeutung der Unterscheidung ist in praktischer Hinsicht seit Erlaß des Misrepresentation Act 1967 nur noch gering.¹³⁰ Die Frage wird daher hier nicht weiter verfolgt.

-
- 127) Cheshire-Fifoot, p.262; Redgrave v.Hurd (1889) 20 Ch.D.1; Karberg's Case (1892) 3 Ch.1
- 128) Stoljar, Mistake, p.110: "The indemnity excludes all other loss"; Newbigging v.Adam (1886) 34 Ch.D.582, 589, 594.
- 129) (1900) 16 T.L.R. 181 = 82 L.T.49.
- 130) Cheshire-Fifoot, p.271. Der Befreiungsanspruch ist nur bei der Fallgestaltung von Bedeutung, wenn der Kläger nicht in der Lage ist 'fraud' nachzuweisen. Er erhält dann keinen Schadenersatz nach s.2(1) des Misrepresentation Act 1967, zumal wenn der Beklagte nachweisen kann, daß ihm keine 'negligence' zur Last gelegt werden kann. S.2(1) des Misrepresentation Act 1967 greift dann nicht ein und der Kläger kann nur noch 'rescission' begehren und den ihm entstandenen Schaden im Wege der 'indemnity' geltend machen.

III. Rescission after Breach of Contract

'Rescission' erfaßt nicht nur die Abwicklung nach misrepresentation sondern außerdem die Rechtsfolgen bei breach und anticipatory breach nach Umsteuerung des Vertragsverhältnisses auf die Liquidationsebene.¹³¹ Bei beiden Formen der Leistungsstörung im engeren Sinne beinhaltet der Ausdruck rescission zunächst den Vorgang der Beendigung des Primäraustauschverhältnisses selbst. Keiner der beiden Vertragsparteien obliegen aufgrund der rescission-Erklärung noch weitere Leistungspflichten aus dem ursprünglichen Verhaltensplan, so daß weder der Gläubiger weiterhin die Leistung vom Schuldner verlangen kann, noch dieser seine Leistung dem Gläubiger aufzwingen kann.¹³²

Nach der Ansicht Atiyahs¹³³ soll dabei die Rechtsfigur der rescission mit derjenigen der repudiation identisch sein und die gleiche Rechtsfolge bezeichnen. Dabei versucht er den verschiedenartigen terminologischen Gebrauch der beiden Ausdrücke mit der historischen Differenzierung zwischen Common Law und Equity zu rechtfertigen. Bei näherer Betrachtung zeigt sich aber, daß es sich hierbei um zwei ganz verschiedene Konzeptionen handelt und daß die von Atiyah gebrauchte Nomenklatur nicht mit dem normalen rechtlichen Sprachgebrauch übereinstimmt.

Das englische Recht spricht zwar von einer 'rescission by agreement', wobei es sich um das vertraglich vereinbarte Rücktrittsrecht zwischen den beiden Parteien und dessen Durchführung handelt,¹³⁴ es kennt jedoch keine 'repudiation by agreement', da die repudiation notwendigerweise einen einseitigen Vorgang bei der Vertragsauflösung darstellt.¹³⁵ Die Figur der rescission dagegen

131) Devlin, p.203.

132) Coote, The effect of discharge, p.226; Goff-Jones, p.341; Heyman v.Darwins, Ltd. (1942) A.C.356, 399 per Lord Porter; Cheshire-Fifoot, p.577; Treitel, Contract, p.578.

133) Atiyah, Contract, p.252, 253.

134) Treitel, Contract, p.70 seq.; Jenkins, p.252 N.4.

135) Lord Denning, M.R., in Harbutt's Plasticine (1970) 1 Q.B.447; Montrose, p.69.

stellt den weitergehenden Vorgang dar, der die Liquidation des Primärleistungsverhältnisses kennzeichnet, während die repudiation lediglich die einseitige Weigerung, mit der Erfüllung der Leistungspflichten fortzufahren, kennzeichnet.¹³⁶ Atiyah setzt hier also den Vorgang der Aufsagung der Primärleistungspflichten aus dem Vertragsverhältnis weitgehend mit demjenigen der nach der Umsteuerung daraus resultierenden Rechtsfolge gleich, indem er nicht genügend zwischen den einzelnen Abwicklungsstufen des gestörten Verhaltensplanes differenziert. Zwar ist die für den Liquidationsvorgang des primären Austauschverhältnisses bei dem Vertragsbruch angewandte Nomenklatur uneinheitlich, der Ausdruck 'rescission' wird aber allgemein von Rechtsprechung und Lehre im Zusammenhang mit der Rechtsfolge des aufgrund des Vertragsbruches gestörten Austauschverhältnisses gebraucht¹³⁷ und findet seine Berechtigung sowohl in dem Bestreben, die Terminologie bei allen Leistungsstörungen zu vereinheitlichen,¹³⁸ als auch darin, daß 'rescission' zur Bezeichnung des vertraglich vereinbarten Rücktrittsrechts angewandt wird.

1. Beendigung des Primärleistungsverhältnisses

Zunächst soll geklärt werden, welche Wirkung die rescission-Erklärung auf das Vertragsverhältnis in seiner Gesamtheit ausübt.

a) Früher ließ die rescission-Erklärung das Vertragsverhältnis in seiner Gesamtheit entfallen und der Rückaustausch der bereits erbrachten Leistungen wurde nach Bereicherungsgrundsätzen vorge-

136) Jenkins, p.252.

137) Denmark Prod., Ltd. v. Boscobol Prod., Ltd. (1969) 1 Q.B.699; Devlin, p.203.

138) Treitel, Problems of breach, p.139 seq.; Devlin, p.200, 214, 215; Drake, p.538; Hongkong Fir (1962) 2 Q.B.26, 64; Stoljar, The doctrine of failure of consideration, (1959) 75 L.Q.R.53, 55; Allan, p.275 N.10; a.A. Cheshire-Fifoot, p.573.

nommen.¹³⁹ Die rescission-Erklärung hatte also Rückwirkung wie bei der rescission in misrepresentation-Fällen. Diese Auffassung gilt heute augenscheinlich nur noch bei Grundstückskäufen und erklärt damit den Fall *Thorpe v. Fasey*¹⁴⁰. In allen anderen Fällen der Leistungsstörungen im engeren Sinne ist diese Ansicht heute überholt.¹⁴¹

Während die rescission-Erklärung früher das Vertragsverhältnis aufgrund des Rückwirkungscharakters in seiner Gesamtheit vernichtet hatte, werden heute lediglich noch die Primärleistungspflichten davon erfaßt. Nach der Leitentscheidung *Heyman v. Darwins*¹⁴² bleibt das Vertragsverhältnis trotz der rescission weiterhin bestehen, denn "It survives for the purpose of measuring the claims arising out of breach".¹⁴³ Eine Weiterentwicklung dieses Gedankens, das Vertragsverhältnis umfassender zu würdigen, zeigt sich in dem Versuch von Lord Diplock, sowohl die Figur des Synallagmas¹⁴⁴ in das englische Recht einzuführen,¹⁴⁵ als auch darin, eine Differenzierung zwischen 'primary' und 'secondary obligations' vorzunehmen.¹⁴⁶ Diese 'secondary obligations' ent-

139) *Hochster v. De la Tour* 2 E. & B. 678, 686; *Hunt v. Silk* (1804) 5 East 449; *Thorpe v. Fasey* (1949) Ch.649; *Morison, Rescission*, p.3, 179, 180; *Goff-Jones*, p.341.

140) (1949) Ch.649; *Goff-Jones*, p.25 N.40e.

141) *Goff-Jones*, p.341, 24.

142) (1942) A.C.356; siehe dazu auch *Corbin*, para.982.

143) (1942) A.C.356, 373 per Lord Macmillan; p.279 per Lord Wright; per Lord Porter p.397: "The injured party is still acting under the contract"; vgl. *Allan*, p.284, 286.

144) Wobei er ausdrücklich auf das französische Recht nach *Pothier* Bezug nimmt; siehe *United Dominions v. Eagle Aircraft* (1968) 1 All E.R.104.

145) *Hardwick Game Farm* (1966) 1 W.L.R.287, 342; *United Dominions v. Eagle Aircraft* (1968) 1 All E.R.104, 108.

146) *Czarnikow v. Konfus* (1966) 2 W.L.R.1397, 1416 - bestätigt unter *The Heron II* (1969) 1 A.C.350; *Robophone Facilities, Ltd. v. Blank* (1966) 1 W.L.R.1428; Lord Diplock in *Hardwick Game Farm* (1966) 1 W.L.R.287, 347: "Gives rise to a secondary right of the other party under the contract itself."; *Drake*, p.539; *Jenkins*, p.258.

stehen dabei durch die Störung der 'primary obligations' und treten nach der Beendigung der Primärleistungspflichten an deren Stelle. Damit kann also kaum noch bezweifelt werden, daß auch im englischen Recht Bestrebungen im Gange sind, den Vertrag als eine Art Rahmenbeziehung, so wie das deutsche Recht dies tut,¹⁴⁷ bestehen zu lassen. Dies zeigt die Entscheidung *The Mihalis Angelos*¹⁴⁸ recht deutlich: Das Schiff *The Mihalis Angelos* sollte etwa am 1.Juli 1965 im Hafen von Haiphong Ladung übernehmen. Nach Ziffer 11 der Vertragsbestimmungen hatten die Charterer das Recht, sofern das Schiff nicht bis zum 20.Juli 1965 bereit war die Ladung zu übernehmen, den Vertrag aufzusagen. Die Charterer sagten das Primärleistungsverhältnis bereits am 17.Juli auf. Dies stellte nach Ansicht des Gerichts eine Erfüllungsweigerung der Charterer dar (renunciation). Der Court of Appeal vertrat den Standpunkt, daß das Vertragsverhältnis - "it (or its ghost)" - für die Zuerkennung des Schadenersatzes bestehen bleibe, obgleich die Schiffseigentümer keine Primärleistungspflichten zu erfüllen hatten. Den gleichen Standpunkt vertrat die Mehrheit des Court of Appeal - Lord Denning, M.R., Edmund Davies, L.J., und Stephenson, L.J., - in der Entscheidung *Total Oil (Great Britain), Ltd. v. Thompson Garages (Biggin Hill), Ltd.*¹⁴⁹ Lord Denning, M.R., nahm dabei auf die Urteilsbegründungen von Lord Russell und Lord Goddard im House of Lords in der Entscheidung *Cricklewood Property and Investment Trust, Ltd. v. Leighton's Investment Trust, Ltd.*¹⁵⁰ Bezug. Dort hatten die beiden Lords die Auffassung vertreten, die Unmöglichkeit der Zweckerreichung (frustration) beende den Vertrag nicht. Lord Denning, M.R., meinte, dies gelte auch im Falle der Erfüllungsweigerung. Nach *Cheshire-Fifoot*¹⁵¹ bleibt im Falle des Vertragsbruches das vorherige Vertragsver-

147) Leser, *Vertragsaufhebung*, p.6 m.w.N.

148) (1971) 1 Q.B.164.

149) (1972) 1 Q.B.318.

150) (1945) A.C.221.

151) *Cheshire-Fifoot*, p.571.

hältnis noch bedeutsam im Hinblick auf bereits vorgenommene Handlungen und Verfehlungen (defaults) der Parteien.¹⁵²

Die unterschiedlichen Auffassungen von deutschem und englischem Recht gleichen sich also auch in dieser Frage an. Dabei geht das englische Recht zur Zeit noch nicht so weit, daß auch die Rückgewährungspflichten vollständig davon erfaßt werden.¹⁵³

b) Als Zeitpunkt für den Eintritt der Beendigungswirkung kommen mehrere Termine in Betracht: Der Zeitpunkt des Vertragsbruches selbst, der Abgabe der Erklärung oder des Zugangs der Erklärung an den vertragsuntreuen Teil. Die Frage nach dem genauen Zeitpunkt des Eintritts der Wirksamkeit kann noch nicht als abschließend geklärt angesehen werden. Nach Auffassung von Lord Reid und Lord Hodson im *Suisse Atlantique* Fall¹⁵⁴ ist dabei der Zeitpunkt des Vertragsbruches selbst maßgebend.¹⁵⁵ Demgegenüber ist Coote¹⁵⁶ der Ansicht, daß sich dieser Wirkungszeitpunkt lediglich auf die 'deviation-cases'¹⁵⁷ beschränkt und eng mit der Auswirkung der exemption-clauses auf die Leistungsstörung und das Vertragsverhältnis in seiner Gesamtheit zusammenhängt.¹⁵⁸

Nach der Auffassung von Lord Denning, M.R., im *Harbutt's Plasticine* Fall¹⁵⁹ kommt das Primärleistungsverhältnis dann zu seiner

152) Vgl. auch *L.E.P. Air Services, Ltd. v. Rolloswin* (1971) 1 W.L.R. 934; Silberberg, *The doctrine of fundamental breach revisited*, 1971 J.Bus.L. 197, 203; Anson-Guest, p. 505: "It is not strictly accurate to speak of the contract as having been discharged by the breach."; Treitel, *Contract*, p. 578, 579.

153) Siehe unten p. 76 seq.

154) (1966) 2 W.L.R. 944, 960, 968.

155) Vgl. Coote, *The rise and fall*, p. 345.

156) Coote, *The effect of discharge*, p. 234.

157) In diesen Fällen ist der Schiffseigentümer 'departed from the agreed route', was zu einer Risikoverlagerung führt, die den Schiffseigentümer schutzlos stellt; der Grund dafür ist nicht, wie Sayn-Wittgenstein, p. 34, meint, so sehr im Versicherungsrecht zu sehen, sondern findet nach Coote, *Exemption-Clauses*, p. 89-93, in dem besonderen Vertragscharakter, der Ähnlichkeit mit den 'bailment' Verträgen aufweise, seine Rechtfertigung.

158) Coote, *The effect of discharge*, p. 234.

159) (1970) 1 Q.B. 447.

Beendigung, wenn der Gläubiger seine Liquidationsabsicht dem vertragsuntreuen Teile zur Kenntnis gebracht hat. Dieser Wirkungszeitpunkt soll auch bei dem anticipatory breach gelten.¹⁶⁰

Eine einheitliche Auffassung hat sich bisher nicht gebildet, die Ansicht von Lord Denning, M.R., dürfte jedoch im Vordringen begriffen sein. Letztlich wird sich die Entscheidung nach den besonderen Umständen des Einzelfalles richten, wobei die Interessen beider Parteien abzuwägen sind.¹⁶¹ Die unklare Behandlung dieser Frage läßt sich durch ihre beschränkte Bedeutung erklären; sie wird nur in dem Fall relevant, daß der vertragsuntreue Teil nach der Störung und nach Kenntnis von der 'rescission' mit seiner Erfüllung noch fortfährt.

Fest steht lediglich, daß das Primärleistungsverhältnis für die Zukunft beendet wird und keiner der Vertragsparteien dem anderen seine noch nicht erbrachten Leistungen aufzwingen kann.¹⁶²

2. Beschränkung der Ausübungsmöglichkeit

So wie die rescission nach misrepresentation kennt auch der breach der Parteien gewisse Sperren, die es dem vertragstreuen Teile verwehren, 'rescission' geltend zu machen.

160) Tabachnik, p.154, 155.

161) Da die meisten Entscheidungen sich gleichzeitig auch fast immer mit der Gültigkeit der exemption-clauses befassen, ist die Rechtsprechung des Court of Appeal in dieser Frage recht unübersichtlich; siehe auch Drake, p.539.

162) Coote, The effect of discharge, p.226; Cheshire-Fifoot, p.573, lehnen den Ausdruck 'rescission' für diesen Vorgang ab und bezeichnen den Beendigungsvorgang selbst als 'discharge of contract'. Nach ihrer Ansicht soll der Begriff rescission lediglich für die Rechtsfolge der misrepresentation Anwendung finden, da nur in diesen Fällen der Vertrag rückwirkend aufgehoben wird.

a. Restitutio in integrum

At law setzte die rescission voraus, daß eine 'restitutio in integrum' durchführbar ist. Demnach waren also die Voraussetzungen zur Liquidation des ursprünglichen Verhaltensplanes der beiden Parteien bei allen Erscheinungsformen der Leistungsstörungen im weiteren Sinne von den gleichen Bedingungen abhängig.¹⁶³ Die klassische Ansicht lautete dahin, daß 'rescission' nur dann begehrt werden könne, wenn der vertragstreue Teil den Schuldner wieder in den alten Stand einzusetzen imstande sei.¹⁶⁴ So wurde in der Entscheidung Hunt v. Silk¹⁶⁵ die Durchführung der rescission abgelehnt, weil der Kläger durch die zeitweilige Inbesitznahme des Grundstücks und dessen Nutzung (intermediate enjoyment) nicht in der Lage war, genau den gleichen Zustand wieder herzustellen, wie er vor der Eingehung des Vertragsverhältnisses bestand.

Demgegenüber wird der eigentliche Grund der Ablehnung in dieser Entscheidung in der Zeitdauer der Nutzung des Grundstücks, vor allem nach bereits erkannter Störung, und der Dauer des Mietvertrages (19 Jahre) erblickt.¹⁶⁶ Daß dies die wahre ratio zu sein scheint, ergibt sich auch daraus, daß dieser Entscheidung in späteren Fällen, in denen die Nutzungsdauer kürzer war, nicht gefolgt wurde.¹⁶⁷ Aus diesem Grunde kann also die bloße Tatsache der Inbesitznahme und Nutzung eines Grundstücks nicht mehr automatisch einen Hinderungsgrund für die Durchführung der rescission darstellen,¹⁶⁸ sondern lediglich dann, wenn die Nutzung wesentlich (substantial) war, z.B. einen längeren Zeitraum im Verhältnis zur Ge-

163) Treitel, Contract, p.250. Erfasst wurde auch die 'frustration', vgl. Goff-Jones, p.24, 25, 325 seq.

164) Rowland v.Divall (1923) 2 K.B.500, 503 per Bankes, L.J.; Goff-Jones, p.24, 341.

165) (1804) 5 East 449; vgl.auch oben p. 56 seq.

166) Stoljar, Failure of consideration, p.72 N.7; Goff-Jones, p.343; Cheshire-Fifoot, p.579.

167) Spence v.Crawford (1939) 3 All E.R.271; Goff-Jones, p.343, 344.

168) Abram SS.Co. v.Westville Shipping Co. (1928) A.C.773, 782 per Lord Atkinson; Rowland v.Divall (1923) 2 K.B.500; Stoljar, Failure of consideration, p.72; Goff-Jones, p.344.

samtdauer des Vertrages umfaßte.¹⁶⁹ Durch den Einfluß von Equity wurde diese Voraussetzung der restitutio in integrum aber auch bei den Leistungsstörungen im engeren Sinne insoweit abgeschwächt als eine genaue Wiederherstellung des alten Zustandes nicht mehr für erforderlich gehalten wurde. Das führte auch zu einer Milderung dieses Prinzips at law.¹⁷⁰ Es läßt sich jedoch feststellen, daß die Entscheidung Hunt v. Silk die Ansichten auch heute noch beeinflußt.¹⁷¹ So ist die Figur der 'restitutio' auch bei dieser Erscheinungsform der rescission noch von Bedeutung,¹⁷² wenn auch die Anwendung dieses Prinzips für die Vertragsstörung des breach teilweise ganz abgelehnt wird.¹⁷³

Dieser Grundsatz findet jedoch nicht bei allen Liquidationsformen des Vertragsverhältnisses Anwendung. In denjenigen Fällen, in denen der Kläger seine bereits erbrachte Geldleistung zurückfordert, wird die sog. 'doctrine of failure of consideration' angewandt.¹⁷⁴ Der Kläger kann den geleisteten Betrag nur dann zurückverlangen, wenn der Leistungszweck (consideration) als fehlgeschlagen angesehen wird. Bei dieser Form der consideration handelt es sich nicht um die ursprünglich im Vertrage vereinbarte Leistungsverknüpfung (consideration), sondern hier kennzeichnet sie die Erfüllung des Versprechens.¹⁷⁵

-
- 169) Stoljar, Failure of consideration, p.72, 74 N.18; Goff-Jones, p.343.
- 170) Head v. Tattersall (1871) L.R.7 Ex.7; Rowland v. Divall (1923) 2 K.B.500; Goff-Jones, p.24 und die Kritik an der Common Law Auffassung auf p.25.
- 171) Reynolds, Warranty, condition and fundamental term, (1963) 79 L.Q.R.534, 550; Stoljar, Failure of consideration, p.71, 73; Treitel, Contract, p.699; Goff-Jones, p.345.
- 172) Goff-Jones, p.342: "He may still be required to make restitutio."; Salmond-Williams, p.570; a.A. Cheshire-Fifoot, p.578.
- 173) Cheshire-Fifoot, p.578; unklar Salmond-Williams, p.570, 571.
- 174) Goff-Jones, p.24; Cheshire-Fifoot, p.642; Treitel, Contract, p.697; zur Geschichte Stoljar, Failure of consideration, p.53 seq. Zur Bedeutung des Begriffes siehe auch Friedmann, Die Bereicherungshaftung im anglo-amerikanischen Rechtskreis, p.86, der die technische Unschärfe des Begriffes rügt.
- 175) Rheinstein, p.100; Friedmann, Bereicherungshaftung, p.88.

Dies zeigen die Ausführungen von Viscount Simon recht deutlich: "Wenn man das Recht der failure of consideration und den bereicherungsrechtlichen (quasi-contractual) Anspruch zur Wiedererlangung des bezahlten Geldes aus diesem Grunde betrachtet, ist es, allgemein gesprochen, nicht das Versprechen auf das als 'consideration' Bezug genommen ist, sondern die Erfüllung (performance) des Versprechens. Das Geld war bezahlt worden, um die Erfüllung zu sichern und wenn die Erfüllung scheitert (performance fails), ist der Beweggrund, der die Zahlung hervorbrachte, nicht erfüllt."¹⁷⁶ Die von Seiten des Schuldners erwartete Leistung muß also aufgrund der Störung ausgeblieben sein.¹⁷⁷

Um das Primärleistungsverhältnis liquidieren zu können, muß es sich um eine 'total failure of consideration' handeln. Zeitweilig wurde angenommen, daß eine derartige 'total failure' nur dann vorliegen könne, wenn der Gläubiger die erwartete Gegenleistung überhaupt nicht erhalten habe.¹⁷⁸ Demgegenüber wird heute das Vorliegen einer 'total failure' auch dann bejaht, falls die vom Gläubiger erhaltene Leistung nicht mit der ursprünglich vereinbarten übereinstimmt.¹⁷⁹ Das Wort 'total' wird dabei nicht mehr im technischen oder wörtlichen Sinne interpretiert, sondern es findet eine Interessenabwägung zwischen dem ursprünglichen Zweckstreben der Parteien und dessen erfolgter Beeinträchtigung statt. Eine feste Grenzlinie für das Vorliegen einer bestimmten Stärke in der Abweichung, die das Fehlverhalten automatisch als 'total failure' erscheinen läßt, kann nicht gezogen werden.¹⁸⁰ Erhält

176) Fibrosa-Case (1943) A.C.32, 48; Goff-Jones, p.31.

177) Mc.Elroy-Williams, p.84.

178) Fibrosa-Case (1943) A.C.32; Goff-Jones, p.31.

179) Es handelt sich also um die gleiche Betrachtungsweise wie bei dem 'breach' selbst; Stoljar, Failure of consideration, p.72; Treitel, Contract, p.699.

180) Mc.Elroy-Williams, p.90; Stoljar, Mistake, p.41 N.30; Atiyah, Contract, p.264: "The concept of total failure of consideration is a highly technical one."

der Kläger z.B. nicht das Eigentum an dem Leistungsgegenstand, sog. 'defect title', liegen die Voraussetzungen einer 'total failure of consideration' vor,¹⁸¹ denn der Gläubiger hat nicht nur kontrahiert, daß er die vereinbarte Leistung als solche erhält, sondern auch daß er das Eigentum und den Besitz daran erlangt.¹⁸² Dieses Prinzip der 'doctrine of total failure of consideration' wird von Seiten der Gerichte zwar noch angewandt, jedoch macht sich die Tendenz bemerkbar, sie nach den gleichen Grundsätzen auszulegen, wie dies bei der 'restitutio in integrum' der Fall ist.¹⁸³

Damit ist der Unterschied zwischen der 'doctrine of total failure of consideration' und dem Prinzip der 'restitutio in integrum' in der Praxis minimal geworden. Ein Unterschied besteht jedoch noch insofern, als der vertragstreue Teil aufgrund der Zweckvereitelung oder -beeinträchtigung seines Verhaltensprogrammes den vollen Betrag zurückerstattet erhält, er selbst aber keinen Schadenersatz für die zwischenzeitlich erfolgte Nutzung entrichten muß.¹⁸⁴ War diese von substantieller Natur wird eine 'total failure of consideration' verneint.¹⁸⁵ In diesem Falle bleibt das Vertragsverhältnis in seiner gestörten Form weiterhin bestehen und der Kläger wird auf seinen Schadenersatzanspruch verwiesen, der ihm ja aufgrund seiner Zweckbeeinträchtigung oder -vereitelung in jedem Falle zusteht.¹⁸⁶

Nach der Auffassung von Atiyah¹⁸⁷ soll das Erfordernis der 'restitutio in integrum' bei den Leistungsstörungen im engeren Sinne

181) Rowland v.Divall (1923) 2 K.B.500; Goff-Jones, p.344.

182) Rowland v.Divall (1923) 2 K.B.500, 507 per Atkin, L.J.,.

183) Butterworth v.Kingsway Motors (1954) 1 W.L.R.1286; Treitel, Contract, p.700; Devlin, p.201; Goff-Jones, p.25, 344; vgl. auch oben p. 52 seq.

184) Treitel, Contract, p.699, 700; Treitel, Problems of breach, p. 147-149. Siehe auch die Kritik des Law Reform Committee (1966) Cmd.2958, para.36.

185) Yeoman Credit, Ltd. v.Apps (1962) 2 Q.B.508, 524, 525; Goff-Jones, p.345.

186) Treitel, Contract, p.698; Goff-Jones, p.25.

187) Treitel, Contract, p.256; so wohl auch Atiyah-Treitel, p.370; Treitel, Problems of breach, p.142.

demjenigen der mere misrepresentation entsprechen und jeweils nur so weit gehen, als dies nach den jeweiligen Umständen des Falles erforderlich ist. Somit zeigt sich wieder das Bestreben einer Angleichung der Voraussetzungen zur Vertragsliquidation bei allen Leistungsstörungen im weiteren Sinne.

b. Vertragserfüllung

Als weitere Liquidationssperre kommt, wie früher bei der mere misrepresentation, die Erfüllung des Vertrages in Betracht.

In einigen Fällen kann der Gläubiger, dem ein Recht zur rescission zugestanden hatte, dieses dadurch verloren haben, daß das Vertragsverhältnis teilweise oder gar ganz durchgeführt worden ist. Maßgeblich dafür ist, welcher Art die Vertragsverletzung ist. Macht der Gläubiger einen Vertragsbruch geltend, der nach alter Terminologie mit 'breach of condition' bezeichnet wurde, so bringt die Durchführung des Vertrages die rescission zum Erlöschen.¹⁸⁸

Etwas anderes gilt aber dann, wenn es sich bei dem breach um einen solchen von einer 'continuing nature' handelt, also die Vertragsverletzung sich nicht in dem einmaligen Eintritt der Störung erschöpft, sondern weiterdauert. Dies liegt z.B. vor, wenn der Verkäufer einen Wagen liefert, der überhaupt nicht funktionsfähig ist. In diesem Falle verliert der Gläubiger das Recht zur Liquidation aufgrund der Durchführung für die Dauer der Störung nicht.¹⁸⁹ Liegen bei einem Vertragsverhältnis mehrere selbständige Verletzungshandlungen vor, so läßt die Tatsache, daß die Liquidationsmöglichkeit für den einen breach nicht mehr gegeben ist, die rescission für die anderen Verletzungen unberührt.¹⁹⁰

188) Treitel, Contract, p.558.

189) Yeoman Credit, Ltd. v.Apps (1962) 2 Q.B.508; Goff-Jones, p.342.

190) Panchaud Frères S.A. v.Etablissements General Grain Co.(1969) 2 Lloyd's Rep.109.

Der Einfluß der Vertragsdurchführung auf die rescission wird durch s.11(1) c des S.G.A.1893 verdeutlicht: Der Käufer, der den Leistungsgegenstand als die vertraglich geschuldete Leistung angenommen hat, wird auf einen Vermögensausgleich im Wege des Schadenersatzes beschränkt, wobei die 'condition' als 'warranty ex post facto' angesehen wird.¹⁹¹ Es liegt das Prinzip zugrunde, daß alle geschäftlichen Transaktionen einmal zu einem Ende gelangen müssen; der Verkäufer darf nicht ständig in der Unsicherheit darüber gelassen werden, ob er noch mit einer Rückgabe der Leistung rechnen muß oder nicht. Die Sicherheit des Handelverkehrs macht es erforderlich, daß beide Vertragsparteien möglichst schnell auf einen gewissen 'status quo' zurückgeführt werden und daß dabei gleichzeitig eine möglichst eindeutige Güterzuordnung erfolgt, die die Dispositionsfreiheit der Parteien wieder herstellt.¹⁹²

Macht der vertragstreue Teil demgegenüber einen 'fundamental breach' geltend, stehen sich auch hier wieder zwei verschiedene Auffassungen bezüglich der Schwere der Verletzungshandlung gegenüber. Nach der einen Auffassung¹⁹³ handelt es sich um den gleichen Vorgang wie bei dem Bruch einer 'condition', so daß die Vertragsdurchführung die Geltendmachung der rescission ausschließt. Nach der anderen, der neueren Ansicht,¹⁹⁴ die weitgehend auf das Zweckstreben des vertragstreuen Teiles und dessen Erfüllung im Zeitpunkt der Verletzungshandlung abstellt, ist die Durchführung kein Hinderungsgrund. Daran zeigt sich, daß die Vertragsdurchführung bei dieser rescission nach der neueren Ansicht keine Sperre zur Vertragsliquidation mehr darstellt und sich die misrepresentation und der breach auch insofern weiter angleichen.

191) Die ursprüngliche Hauptpflicht bleibt eine solche, wird aber lediglich für den weiteren Ablauf wie eine 'warranty' behandelt, vgl. Wallis, Son & Wells v. Pratt & Haynes (1910) 2 K.B. 1003 per Fletcher Moulton, L.J.,.

192) Stoljar, Failure of consideration, p.69, 70.

193) Suisse Atlantique (1967) A.C.361, 397 per Lord Read; Treitel, Contract, p.559.

194) Suisse Atlantique (1967) A.C.361, 371, 393 per Lord Wilberforce; Harbutt's Plasticine (1970) 2 W.L.R. 198; Treitel, Contract, p.559, 560; Boone v. Eyre (1777) 1 Hy.B.273n.

c. Eigentumsübertragung

Sofern das Eigentum¹⁹⁵ an dem Leistungsgegenstand bereits auf die andere Vertragspartei übergegangen ist, wird die Möglichkeit zur Vertragsrückabwicklung untersagt.¹⁹⁶ Bedeutung hatte diese rule des 'passing of the property' vor allem bei denjenigen Verträgen erlangt, die dem S.G.A. 1893 unterfallen.

S.11(1) des S.G.A.1893 untersagte dem Käufer das ursprüngliche Vertragsverhältnis bei Speziessachen nach der erfolgten Eigentumsübertragung noch zu liquidieren. Sein Rechtsmittel beschränkte sich auf den Vermögensausgleich im Wege des Schadenersatzes. Dieser Ausschluß der rescission hat vor allem den Privatmann im Vergleich zum Kaufmann benachteiligt. Kaufleute sind in den meisten Fällen in der Lage, für sie untaugliche Leistungsgegenstände anderweitig, wenn auch zu einem geringeren Preise, weiterzuveräußern. Dieser geringe Nachteil fällt nicht ins Gewicht, da ja ohnehin die Beeinträchtigung durch Schadenersatz ausgeglichen wird.¹⁹⁷ Daher wurde versucht die Leistungsverfehlung des Schuldners möglichst auf 'misrepresentation' zu stützen, da Equity dem Verbraucher dort seit langem einen weitergehenden Schutz angedeihen ließ, als dies bei breach der Fall war.¹⁹⁸

Diese Sperre ist nun durch s.4(1) des Misrepresentation Act 1967 beseitigt worden, indem die Passage des 'passing of property' in s.11(1) c des S.G.A.1893 gestrichen wurde. Der Käufer ist jetzt nur noch der flexibleren Regelung der s.35 des S.G.A. 1893 unterworfen, indem er die Leistung als die vertraglich geschuldete an-

195) Der Übergang des Eigentums erfolgt nicht notwendigerweise bei Vertragsabschluß, sondern je nach der Ausgestaltung des Vertrages zu einem anderen Zeitpunkt, vgl. Atiyah, Sale of Goods, p.139 seq., 278.

196) Rheinstein, p.214; Cheshire-Fifoot, p.580. Zum historischen Leitfall *Street v. Blay* (1831) 2 B.& Ad.456, 461 vgl. Stoljar, Failure of consideration, p.71, 72.

197) Treitel, Problems of breach, p.150, 151.

198) Stoljar, Mistake, p.104.

genommen haben muß.¹⁹⁹ Das Recht zur Durchführung dieser rescission wird zwar nach der erfolgten Eigentumsübertragung noch als ausgeschlossen angesehen. Es zeigt sich jedoch auch hier die Tendenz, den Käufer dadurch stärker zu schützen, daß der Zeitpunkt der Eigentumsübertragung möglichst spät angesetzt wird.²⁰⁰

3. Rücktausch der Leistungen

Die frühere Auffassung, daß die rescission-Erklärung das Vertragsverhältnis in seiner Gesamtheit mit ex-tunc Wirkung beseitigt, rechtfertigte es, den Rücktausch der Leistungen selbst bereicherungsrechtlich durchzuführen.²⁰¹

Diese Auffassung wird unhaltbar, wenn das ursprüngliche Austauschverhältnis bei allen Leistungsstörungen im engeren Sinne nur mit ex-nunc Wirkung beseitigt wird und der Vertrag weiterhin als rechtliches Rahmenverhältnis bestehen bleibt. In diesem Falle stellt das Vertragsverhältnis selbst die Grundlage für den Rücktausch dar. Gleichwohl wird dieser Vorgang heute noch vor allem bereicherungsrechtlich oder englisch ausgedrückt 'quasi-contractual' vorgenommen.²⁰² Der Grund, diesen Weg zu gehen, kann darin gesehen werden, daß die Situation für den Rücktausch bei vertraglichen Leistungsstörungen mit derjenigen vergleichbar ist, die besteht, wenn zwischen den Parteien überhaupt kein Vertragsverhältnis zustandegekommen ist.²⁰³ Die Auffassung, daß der Rück-

199) Atiyah, Sale of Goods, p.147 seq., 279; Cheshire-Fifoot, p.152, 153.

200) Atiyah, Sale of Goods, p.148, 149.

201) Moses v.Macferlan (1760) E.R.676. Zu dieser in der deutsch-rechtlichen Literatur nun überholten Ansicht siehe von Caemmerer, Bereicherung und unerlaubte Handlung, p.342; Leser, Der Rücktritt vom Vertrag, p.107 seq.

202) Anson-Guest, p.629 seq.; Cheshire-Fifoot, p.625 seq.; Rhein-stein, p.37. Zum Unterschied des Rücktausches nach Common Law und Römischem Recht siehe Buchland-Mc.Nair, p.329 seq.

203) Corbin, para.1106.

austausch bereicherungsrechtlich erfolgt, ist lediglich historisch begründet, eine dogmatische Berechtigung hat sie nicht mehr. In der Praxis wird die Rückabwicklung bereits weitgehend auf das Vertragsverhältnis selbst gestützt.²⁰⁴ Der Rückaustausch der vor Eintritt der Vertragsstörung erbrachten Leistungen wird von dem Vertragsverhältnis beherrscht und hat zum Bereicherungsrecht im engeren Sinne nur wenig Bezug.²⁰⁵

Hierbei taucht die Frage auf, ob und inwieweit auch bei dem Rückaustausch der Leistungen eine beiderseitige Verknüpfung besteht. Ein Abhängigkeitsverhältnis ist insoweit gegeben, als der Gläubiger zunächst die erhaltene Leistung zurückgeben muß, bevor er die seinerseits erbrachte Leistung zurückfordern kann.²⁰⁶

Besteht der Leistungsgegenstand des Gläubigers in einem Grundstück oder einer beweglichen Sache (chattel), kann er die Rückgabe mit der 'action of detinue' geltend machen. Diese stellt - historisch bedingt²⁰⁷ - keine vertragliche Klage, sondern eine 'tort-action' dar.²⁰⁸ Gesetzlich normiert ist diese Regelung der Rückforderung in sect.78 des Common Law Procedure Act 1854.

Vor diesem Act wurde nach Common Law der Beklagte dazu verurteilt, die Sache selbst oder deren Wertersatz herauszugeben. Der Kläger erhielt zusätzlich Schadenersatz aufgrund der zwischenzeitlichen Zurückhaltung des Leistungsgegenstandes selbst, sog. 'detention'.

204) Dies v. British and International Mining Co. (1939) 1 K.B.724, 744; Fibrosa-Case (1943) A.C.32; Lord Diplock in Hardwick Game Farm (1966) 1 W.L.R.287, 346; Allan, p.286; Devlin, p.215; Corbin, para.1106; Goff-Jones, p.352, 355.

205) Friedmann, Bereicherungshaftung, p.86; Anson-Guest, p.617; Corbin, para.1106; Cheshire-Fifoot, p.627.

206) Goff-Jones, p.342; Treitel, Contract, p.698; Salmond-Williams, p.570, 571.

207) Daran zeigt sich wieder die Herkunft des breach vom Delikt, vgl. auch Rheinstein, p.17; Anson-Guest, p.558; Goff-Jones, p.34.

208) Salmond, On the Law of Torts, p.113 seq.; Goff-Jones, p.34, 35; Mc.Gregor, On Damages, para.1032. Bei einem Grundstück handelt es sich um die 'action of ejectment', siehe Goff-Jones, p.35; Salmond, p.41. Zum weiteren Verfahrensablauf siehe Lawson, p.237.

Falls der Kläger auf Rückgabe des spezifischen Leistungsgegenstandes bestand, konnte er dies in Equity verlangen.²⁰⁹ Nach der in sect. 78 des Common Law Procedure Act 1854 erfolgten Regelung kann der Kläger von Seiten des Gerichts die 'specific restitution' der Leistung verlangen, ohne daß dem Beklagten jetzt die Möglichkeit eingeräumt wird, an der Stelle nur einen Wertausgleich dafür leisten zu können. Order 48 rule 1 der Rules of Supreme Court verlangt nun auch nicht mehr die gleichzeitige Wertfeststellung des Leistungsgegenstandes für das Rückgabeverlangen des Klägers.²¹⁰ Welche Rechtsfolge das Gericht ausspricht, ist ganz in sein Ermessen gestellt und weitgehend von den Umständen des Einzelfalles abhängig. Für die Entscheidung berücksichtigt das Gericht die gleichen Umstände wie für die Naturalerfüllung (specific performance), nämlich das Verhalten der Parteien, ungewöhnliche Härte für eine Partei, Unbilligkeit²¹¹. Rückgabe kann aber nicht nur bei Grundstücken und beweglichen Sachen verlangt werden, sondern auch dann, wenn es sich bei den bereits erbrachten Leistungen der Parteien um Geldbeträge handelt.

Auch die Durchsetzung dieser Ansprüche ist nur dann möglich, wenn die vertragstreue Partei in der Lage ist, das ihrerseits Erlangte an die Gegenseite herauszugeben.²¹² Damit können auch die Rückgewährpflichten bei dieser Fallgestaltung als in einem gewissen Gegenseitigkeitsverhältnis stehend angesehen werden.

Fraglich ist diese Abhängigkeit der Rückgewährpflichten aber dann, wenn es sich bei ihnen um solche Leistungen handelt, die nicht rückgabefähig sind, wie z.B. Dienstleistungen, oder wenn das Eigentum an dem Leistungsgegenstand auf die Gegenseite übergegangen ist. Der vertragstreue Teil erhält auf jeden Fall einen

209) In re Scarth (1874) 10 Ch.App.234 per Mellish, L.J.,.

210) Hymans v. Odgen (1905) 1 K.B.246.

211) General and Finance Facilities, Ltd. v. Cooks Cars (Romford), Ltd. (1963) 1 W.L.R.644, 650; Atiyah, Sale of Goods, p.301; Lawson, p.236; Mc.Gregor, para.1032.

212) Rowland v. Divall (1923) 2 K.B.500; Goff-Jones, p.3, 4, 342.

Wertausgleich seiner Leistung zugesprochen, der sich, sofern darüber eine Parteivereinbarung vorliegt, nach der dort festgesetzten Wertrelation, der 'contract-rate', bemisst.²¹³ Ansonsten erfolgt ein Ausgleich nach den Grundsätzen der 'quantum meruit rule'.²¹⁴ Der vertragstreue Teil macht damit einen Anspruch auf Wertausgleich für die aufgrund des Vertrages erbrachte Leistung geltend, z.B. geleistete Arbeit oder gelieferte Waren.²¹⁵

Diese Grundsätze gelten aufgrund der historischen Entwicklung des Common Law für das Rückgabeverlangen der vertragsbrüchigen Partei nur eingeschränkt.²¹⁶ Bei dem Anspruch auf Rückzahlung eines bereits geleisteten Geldbetrages ist es von Bedeutung, ob dieser Betrag nach der getroffenen Parteivereinbarung als Teilzahlung, sog. 'part-payment' oder als Kautions (deposit) anzusehen ist. Im ersteren Falle ist der Schuldner berechtigt, diesen Betrag vom Gläubiger zurückzufordern, wobei das Vertragsverhältnis selbst die Grundlage für diesen Anspruch darstellt.²¹⁷ Nicht ganz geklärt ist, ob der Schuldner auch die Kautions, die bisher mit Eintritt der Vertragsstörung als verfallen angesehen wurde, wiedererlangen kann. Dieses Rückforderungsbegehren soll vor allem dann zugelassen werden, wenn der Kautionsbetrag außer Verhältnis zum Schaden steht, den der Gläubiger erlitten hat und es für den vertragstreuen Teil unverantwortlich (unconscionable) ist, diesen Geldbetrag zu behalten,²¹⁸ weil er sich durch die Einbehaltung ungerechtfertigt bereichern würde. Demgegenüber soll nach einer anderen Ansicht die Rückforderung nur dann zugelassen werden, wenn

213) Hoenig v. Isaacs (1952) 2 All E.R. 176.

214) Dieser Anspruch gründet sich teilweise auf das Vertragsverhältnis und ist teilweise 'quasi-contractual', siehe Cheshire-Fifoot, p. 651, 652; Goff-Jones, p. 29, 347; Denning, Quantum meruit, (1941) 55 L.Q.R. 54.

215) Treitel, Contract, p. 703. Zur Berechnung dieses Anspruches siehe Anson-Guest, p. 556.

216) Goff-Jones, p. 347.

217) Dies v. British and International Mining Co. (1939) 1 K.B. 724; Goff-Jones, p. 347.

218) Stockloser, v. Johnson (1954) 1 Q.B. 476, 492 per Lord Denning, M.R.,.

Betrug (fraud), unzulässige Beeinflussung (undue influence) oder Bruch einer besonderen Vertrauensbeziehung (fiduciary relationship) vorliegt.²¹⁹ Auch hierbei kommt es weitgehend auf die Umstände des Einzelfalles an; dem liegt das Prinzip zugrunde, daß der Gläubiger sich nicht auf Kosten des Schuldners bereichern darf.²²⁰ Nach der Ansicht von Goff-Jones²²¹ soll der Schuldner einen weitergehenden Schutz erhalten.

Handelt es sich demgegenüber um den Wertausgleich für Leistungen des Schuldners, die aufgrund ihres besonderen Charakters nicht rückgabefähig sind, kommt es für die Durchführung der Rückabwicklung darauf an, ob es sich bei dem Vertragsverhältnis um einen teilbaren (divisible) oder einen unteilbaren (entire) Vertrag gehandelt hat. Liegt ein 'divisible contract' vor, kann der Schuldner für jede erbrachte Teilleistung einen Wertausgleich geltend machen,²²² dessen Bemessung sich nach den gleichen Grundsätzen richtet wie auf der Gläubigerseite.²²³ Bei Vorliegen eines 'entire contract' wird dem Schuldner diese Möglichkeit dagegen versagt,²²⁴ so daß er leer ausginge. Die Gerichte sind wegen der Härte dieses Prinzips - zögernd und nur in einigen Fällen - dazu übergegangen, dem Schuldner einen Ausgleich zu gewähren,²²⁵ der sich wieder auf das Vertragsverhältnis stützt.²²⁶ Nach einer

219) Stockloser v. Johnson (1954) 1 Q.B.476, 495, 496 per Romer, L.J.; Galbraith v. Mitschenall Estates, Ltd. (1965) 2 Q.B.473.

220) Treitel, Contract, p.671; Goff-Jones, p.350.

221) Goff-Jones, p.349 N.38, 350, 355.

222) Goff-Jones, p.350, 351.

223) D.h. also auch nach dem Vertragsverhältnis selbst oder den Grundsätzen von quantum meruit.

224) Sumpter v. Hedges (1898) 1 Q.B.673. Siehe die Kritik von Treitel, Contract, p.566; Goff-Jones, p.353.

225) Goff-Jones, p.355: "Attempts to mitigate its rigour have been tentative and piecemeal in character."

226) Daher erklärt sich auch die 'doctrine of substantial performance'. Der Schuldner genügt seiner Leistungspflicht bereits, wenn er sie im wesentlichen (substantially) erfüllt. Vgl. Goff-Jones, p.355 N.79; Treitel, Problems of breach, p.142.

von Goff-Jones und Treitel²²⁷ vertretenen Ansicht sollte dem Schuldner auch bei Vorliegen eines 'entire contract' ein Ausgleich gewährt werden, der soweit gehen soll, als die vertragstreue Partei ungerechtfertigt bereichert ist.

Da die vertragstreue Partei durch den ihr ohnehin zustehenden Schadenersatzanspruch einen Ausgleich erhält, ist sie hinreichend geschützt.

Nach allem besteht auch bei dieser Erscheinungsform der rescission eine Art Rückgewährschuldverhältnis, das nicht immer den dinglichen Rückaustausch mitumfaßt, sondern sich annähernd auf Wertersatz für die Leistung beschränkt.

227) Goff-Jones, p.355; Treitel, Contract, p.566.

3. Kapitel: Affirmation of the Contract

Wie bereits oben¹ erwähnt wurde, ist es dem vertragstreuen Teil unter bestimmten Umständen verwehrt, den Vertrag aufzuheben. Aber auch dem Gläubiger selbst kann daran gelegen sein, mit dem Leistungsaustausch fortzufahren. So z.B. dann, wenn er einerseits weiterhin auf den Erhalt der Gegenleistung hofft, sie also für seine Zweckerreichung noch von Interesse ist, oder er andererseits seine eigene Leistung doch noch erbringen will. In beiden Fällen muß, da vor allem der Gläubiger durch das vom Schuldner begangene Fehlverhalten eine Beeinträchtigung in seinem Zweckstreben erfahren hat, die primär durch einen Vermögensausgleich in Geld kompensiert wird,² der Verhaltensplan beider Parteien an diese neue, veränderte Sachlage angepaßt werden.³

Nach Holmes⁴ beschränkt sich die Vertragsanpassung auf e i n e Rechtsfolge: "The only universal consequence of a legally binding promise is that the law makes the promisor pay damages if the promised event does not come to pass." Der Gläubiger wird also auf einen wertmäßigen Vermögensausgleich für sein beeinträchtigtes Erwartungsinteresse verwiesen und bleibt seinerseits zur versprochenen Leistung verpflichtet. Dem Gläubiger kann aber auch sehr daran gelegen sein, weiterhin auf Erfüllung des Vertrages zu bestehen, so daß er die ursprünglich vereinbarte Gegenleistung in 'natura' erhält.

1) 2.Kapitel, I, 2.

2) Bentsen, v.Taylor, Sons & Co. (1893) 2 Q.B.274, 279; Cheshire-Fifoot, Law of Contract, p.577.

3) Sinason-Teicher Inter-American Grain Corp. v.Oilcakes & Oilseeds Trading Co., Ltd. (1954) 1 W.L.R.935, 943 per Devlin, L.J.; "Die Käufer hatten das Vertragsverhältnis offen gehalten, aber dies bedeutet nicht, daß, wenn der Käufer sich entschließt das Vertragsverhältnis bestehen zu lassen, er verpflichtet ist sich genauso zu verhalten."; Etablissements Chainbaux S.A.R.L. v.Harbormaster, Ltd. (1955) 1 Lloyd's Rep. 303, 310; Tabachnik, Anticipatory breach of contract, 1972 C.L.P. 149, 171.

4) Holmes, The Common Law, p.301; Friedmann, Law in a changing society, p.157.

Im folgenden soll dargestellt werden, unter welchen Voraussetzungen dem vertragstreuen Teil die Möglichkeit eingeräumt wird, beim Vertrag stehenzubleiben und eventuell 'specific performance' zu verlangen, und in welchem Verhältnis dies zu der Rechtsfolge des Schadenersatzes steht.

I. Vorgang der Affirmation

Hat sich der vertragstreue Teil dazu entschlossen, den Schuldner an seinem Versprechen festzuhalten, weil die Vertragsverfehlung nicht zur völligen Vereitelung seines Zweckstrebens geführt hat,⁵ so wird dieser Vorgang als 'affirmation of the contract' bezeichnet.⁶ Der hierbei angewandte 'test of affirmation', der das Gegenteil der Umsteuerung auf das Abwicklungsverhältnis darstellt, ist bei allen Erscheinungsformen der Leistungsstörungen im weiteren Sinne von den gleichen Voraussetzungen abhängig.⁷

Dieses Festhalten am Vertragsverhältnis kann der Gläubiger dem Schuldner entweder ausdrücklich oder konkludent durch sein Verhalten oder auch durch Schweigen zu erkennen geben, sofern er von der Vertragsverfehlung Kenntnis erlangt hat,⁸ oder diese Kenntnis ihm aufgrund der Umstände zuzurechnen ist.⁹ Hierbei gilt der Grundsatz, daß "a contract may be more readily approved and accepted than it can be terminated where a unilateral right to affirm or disaffirm arises"¹⁰; die Absicht des Gläubigers, am Vertrag festzuhalten, muß also nicht unbedingt dem Schuldner mitgeteilt werden.

- 5) Es handelt sich dabei um ein im deutschen Recht der abgeschwächten Differenztheorie oder Mittelmeinung vergleichbares Prinzip, wonach der vertragstreue Gläubiger seine Leistung erbringen darf trotz Störung auf der anderen Seite; siehe auch Rabel, Das Recht des Warenkaufs I, p.432.
- 6) Montrose, Some problems about fundamental terms, (1964) 22 C. L.J.60, 71 seq.; Cheshire-Fifoot, p.569; Chitty, On Contracts, para.1333.
- 7) Vgl. oben 2.Kapitel, I, 2b, p. 48.
- 8) Farnworth Finance Facilities, Ltd. v.Attryde (1970) 1 W.L.R.1053.
- 9) Wallis, Son & Wells v.Pratt and Haynes (1910) 2 K.B.1003 per

Der Vorgang der affirmation beinhaltet sowohl Rechts- als auch Tatsachenfragen (questions of mixed law and facts)¹¹ und wird dabei sowohl auf den Willen des Gläubigers als auch - in größerem Umfang - auf sein Verhalten gestützt.¹² Das zeigt die verstärkte Beachtung objektiver Maßstäbe und ein Zurückdrängen der subjektiven Momente aus der Durchführung des Vertrages,¹³ wenn auch die Entscheidung in den Händen des vertragstreuen Teiles liegt.

Bei 'breach' wird der Vorgang der affirmation auch dahin ausgedrückt, daß der Gläubiger "waives the condition"¹⁴, "waives the breach"¹⁵ oder "changes the condition"¹⁶ Die dogmatische Grundlage ist - wie bereits oben für das Abwicklungsverhältnis dargestellt¹⁷ - nicht geklärt.

Die Machtposition des Gläubigers erfährt bereits dadurch eine Einschränkung, daß er den Vertrag lediglich in seiner Gesamtheit bestätigen kann.¹⁸ Der Grund für diesen Vorbehalt kann darin ge-

Fletcher Moulton, L.J.: "He is in precisely the same position in all respects as if he had voluntarily elected." - zu s.11 (1) (a) S.G.A.1893.

- 10) Car and Universal (1965) 1 Q.B.525, 550 per Sellers, L.J.,.
- 11) Charterhouse Credit, Ltd. (1963) 2 All E.R.432, 441 per Ormerod, L.J.; Montrose, p. 71. Zur Frage der Unterscheidung von 'law' und 'fact' siehe Cross, Precedent in English Law, p.212 seq.; Cheshire-Fifoot, p.638.
- 12) Wallis, Son & Wells v.Pratt & Haynes (1910) 2 K.B.1003; siehe auch oben 2.Kapitel, I, 2a, p.
- 13) Siehe dazu generell Anson-Guest, Law of Contract, p.2 seq.; Treitel, The Law of Contract, p.1-6.
- 14) S.11(1)(a) S.G.A.1893; Anson-Guest, p.506.
- 15) Hain SS.Co., Ltd. v.Tate & Lyle, Ltd.41 Com.Cas.350, 363.
- 16) Rowland v.Divall (1923) 2 K.B.500, 503; Treitel, Some problems of breach of contract, (1967) 30 M.L.R.139, 147. Die 'condition' bleibt eine solche, wird aber lediglich für den weiteren Ablauf wie eine 'warranty' behandelt und gewährt dem Gläubiger einen Vermögensausgleich in Geld für sein beeinträchtigtes Zweckstreben, siehe Wallis, Son & Wells (1910) 2 K.B.1003 per Fletcher Moulton, L.J.,.
- 17) 2.Kapitel, I, 2b, p.49.
- 18) Urquhart v.Macpherson (1878) 3 App.Cas.831; Suisse Atlantique (1967) A.C.361; Chitty, para.1333; Drake, Fundamentalism in contract, (1967) 30 M.L.R.531, 544.

sehen werden, daß auch der Schuldner trotz seiner Vertragsverfehlung nicht ganz schutzlos gestellt werden darf; der Gläubiger würde sonst in die Lage versetzt werden, lediglich den für ihn günstigen Vertragsteil unter Ablehnung desjenigen Teiles, der mehr Nachteile für ihn beinhaltet, zu bestätigen.

Die Wirkung der affirmation besteht darin, daß das Vertragsverhältnis "für die Zukunft auf beiden Seiten erhalten bleibt"¹⁹. Fraglich ist aber, ob hierbei das alte, ursprüngliche Austauschverhältnis bestehen bleibt, oder ob zwischen den Parteien ein neues Vertragsverhältnis mit einem an die veränderte Sachlage angepaßten Inhalt zustandekommt.²⁰

Ist durch Vertragsbruch eine vollkommen andere Leistung als die ursprünglich vereinbarte erbracht worden, so wird durch die Annahme der neuen Leistung das ursprüngliche Primärleistungsverhältnis beendet und durch ein Vertragsverhältnis, das den veränderten Leistungsaustausch zum Inhalt hat, ersetzt.²¹ Hierbei wird unter Würdigung der Interessenlage festgestellt, ob und inwieweit die bereits erbrachte Schuldnerleistung den alten oder durch den Störungseintritt veränderten Interessen des Gläubigers dient.²²

In den übrigen Fällen bleibt nach 'affirmation' das alte Vertragsverhältnis bei allen Erscheinungsformen der Leistungsstörung weiter bestehen und wird lediglich an die veränderte Sachlage angepaßt, und zwar derart, daß der weitere Verhaltensplan der Vertragsparteien entsprechend der neuen Zielsetzung abgeändert wird.²³ Durch die Bestätigung (affirmation) des Vertragsverhältnisses bleiben die Primärleistungspflichten bestehen und die bis zum Zeitpunkt des Störungseintrittes noch nicht erfüllten Leistungen müssen von beiden Seiten erbracht werden, womit die end-

19) Frost v. Knight (1872) L.R.7 Ex.111, 112; Suisse Atlantique (1967) 1 A.C.361, 415; R.V. Ward, Ltd. v. Bignall (1967) 1 Q.B.534; Harbutt's Plasticine (1970) 1 Q.B.447, 464 per Lord Denning, M.R.,.

20) Montrose, p.71.

21) Gabriel Wade & English v. Arcos (1929) 34 Ll.L.R.306; Lord Upjohn in Charterhouse Credit (1963) 2 All E.R.432, 442; Montrose, p.72.

22) Montrose, p.72; Treitel, Contract, p.561 seq., zum Interessenwiderstreit. Zu dem gleichen Prinzip siehe auch unten II, 1.

gültige Rechtsfolge jedoch noch nicht präjudiziert wird.²⁴

Dieses Offenhalten des Leistungsaustausches kann insbesondere für den Gläubiger nachteilig werden. Es besteht nämlich die Möglichkeit, daß die Leistungserbringung von Seiten des Schuldners aufgrund eines von ihm nicht zu vertretenden Umstandes völlig fehlschlagen kann, der Vertrag also 'frustrated' bzw. 'impossible' wird.²⁵ In diesem Fall wird der Schuldner von jeder Haftung befreit und der Gläubiger geht leer aus. Der Entscheidung Avery v. Bowden²⁶ lag folgender Sachverhalt zugrunde: Der Kläger wartete, trotz der Weigerung des Beklagten ihm innerhalb einer Frist von 45 Tagen Ladung für das Schiff zu liefern, weiter; das Schiff befand sich in einem russischen Hafen. Vor Ablauf dieser Frist und vor Erhalt von Ladung brach der Krimkrieg aus. Für den Beklagten wäre es jetzt eine illegale Handlung gewesen den Kläger mit Ladung zu versorgen; die Vertragserfüllung war für ihn unmöglich (frustrated) geworden und er war frei.

Andererseits gibt die Möglichkeit des Stehenbleibens dem Gläubiger aber auch die Chance, seinen ihm zustehenden Schadenersatzanspruch zu vergrößern oder sogar die vertraglich geschuldete Summe selbst zu erhalten, die größer als der Schadenersatzanspruch sein kann.²⁷ Der maßgebliche Zeitpunkt für die Berechnung und Festsetzung des Schadenersatzes ist nämlich immer der ursprünglich vereinbarte Erfüllungszeitpunkt, so daß sich der Anspruch des Gläubigers bei einer zwischenzeitlichen Steigerung des Marktpreises erhöht.

Gegebenenfalls kann er auch die Gegenleistung selbst noch 'in natura' erlangen und damit den Leistungsaustausch durchführen. Auch ist der vertragstreue Teil nach den dicta der Entscheidung

23) Chitty, para.1333; Suisse Atlantique (1967) 1 A.C.361; Harbutt's Plasticine (1970) 1 Q.B.447

24) R.V.Ward v. Bignall (1967) 1 Q.B.534; Cheshire-Fifoot, p.569; Treitel, Contract, p.579.

25) Cheshire-Fifoot, p.569; Treitel, Contract, p.582.

26) (1855) 5 E.& B.714; (1856) 6 E.& B.953.

27) Der Anspruch auf die Vertragssumme wird dabei mit der 'action of debt' geltend gemacht; siehe Atiyah, Law of Contract, p. 261, 262; Tabachnik, p.165 m.w.N.; Treitel, Contract, p.582.

White & Carter v. Mc.Gregor²⁸ nicht als verpflichtet anzusehen, vor dem ursprünglich vereinbarten Erfüllungszeitpunkt Schritte zur Minderung des der Gegenseite entstandenen Schadens zu unternehmen.²⁹⁾³⁰

Problematisch ist, ob der Gläubiger den vertragsuntreuen Teil zwingen kann, seine Leistung abzunehmen, obwohl dieser vielleicht das Interesse an deren Erlangung bereits verloren hat. Sofern sich der Schuldner z.B. bei 'anticipatory breach' weigert, mit seinen ihm vertraglich obliegenden Pflichten fortzufahren, also die Leistung des Gläubigers abzunehmen, ist der vertragstreue Teil nicht mehr gehalten diese anzubieten (to tender performance), da es sich hierbei lediglich um eine leere Formalität handeln würde.³¹ Sowohl beim 'anticipatory breach' als auch beim Vertragsbruch kann der Gläubiger dem Schuldner seine eigene Leistung dann nicht mehr aufzwingen, wenn er "kein wesentliches (substantial) oder rechtliches Interesse" an deren Erbringung gerade gegenüber dem Schuldner hat.³² In diesem Falle wird er durch die Möglichkeit, einen Deckungsverkauf vorzunehmen, als ausreichend geschützt angesehen, da er ja den gegebenenfalls entstehenden Schaden gegenüber dem Schuldner geltend machen

28) (1962) A.C.413.

29) Tradegar Iron & Coal, Ltd. v. Hawthorn Bros. (1902) 18 T.L.R. 716. Siehe die Kritik zu White & Carter von Goodhart, Measure of damages when a contract is repudiated, (1962) 78 L. .R.263 seq.; Tabachnik, p.165, 166; Atiyah, Contract, p.262.

30) Der vertragsuntreue Teil hat durch die Einräumung eines 'locus poenitentia', vor allem bei dem Vorliegen eines anticipatory breach und sofern er seinen Vertragspflichten noch nicht ganz nachgekommen ist, die Chance, seine Leistungsneugier noch einmal zu überlegen und gegebenenfalls doch noch in dem ursprünglich vereinbarten Handlungsablauf fortzufahren; vgl. Tabachnik, p.164, 165.

31) Lord Devlin in Sinason-Teicher Inter-American Grain Corp. v. Oil Cakes and Oil Seeds Trading Co. (1954) 1 W.L.R. 935, 943.

32) White and Carter (1962) A.C.413; Treitel, Contract, p.675, 676; Atiyah, Contract, p.261, 262. Hieran zeigt sich auch wieder die weitgehende Gleichsetzung von 'renunciation' und 'breach' selbst.

kann.³³ Es wird hierbei unter Würdigung des Vertrages in seiner Gesamtheit eine Interessenabwägung zwischen dem Gläubigerinteresse an der Erbringung seiner Primärleistung einerseits und dem Nachteil für den Schuldner andererseits, der in der Annahme der Leistung liegen kann, vorgenommen. Stellt sich dabei das Interesse der vertragstreuen Partei an der Leistungserbringung als das schutzwürdigere heraus, kann er mit seinen vertraglich vereinbarten Leistungspflichten fortfahren und damit sein Erwartungsinteresse gegenüber dem anderen Vertragsteil weiter verfolgen.³⁴ Es zeigt sich hieran wieder die Einschränkung der Entscheidungsbefugnis des Gläubigers über den weiteren Ablauf des gestörten Vertrages.

II. Schadenersatz

Bei allen Leistungsstörungen im weiteren Sinne steht dem vertragstreuen Teil die Möglichkeit zu, einen Ausgleichsanspruch für sein beeinträchtigtes oder gänzlich fehlgeschlagenes Erwartungsinteresse geltend zu machen. Der Schadenersatz wird dabei im Wege des Geldausgleiches vorgenommen, da dieser ein 'universal medium of exchange' darstellt.³⁵ Selbst wenn auf Seiten des Gläubigers kein vermögenswerter Nachteil eingetreten ist, wird ihm ein nomineller Schadenersatz (in der Regel £ 2) zugesprochen, da seine geschützte Interessensphäre durch das Fehlverhalten des

33) Treitel, Contract, p.675; Nienaber, The effect of anticipatory repudiation: principle and policy, (1962) 20 C.L.J.213, 231-233. Dieses Recht zur Vornahme eines Deckungsverkaufes wird hierbei nicht, wie im deutschen Recht, lediglich auf Handelskäufe beschränkt.

34) Treitel, Contract, p.676: "If the injured party does have such an interest, it is hard to see why he should not be entitled to complete performance."; Atiyah, Contract, p.262.

35) Goff-Jones, The Law of Restitution, p.14. Siehe dazu rechtsvergleichend Friedmann, Law, p.158; Zweigert-Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung II, p.165 seq.

Schuldners beeinträchtigt worden ist.³⁶

Der Schadenersatz soll eine 'restitutio in integrum' vor allem auf Seiten des Gläubigers erreichen und zwar soweit wie dies durch Geld überhaupt möglich ist.³⁷ Dieses Prinzip läßt sich aber nicht in voller Konsequenz durchführen, weil der Gläubiger damit auch den unwahrscheinlichsten (improbable) und unvorhersehbarsten tatsächlich entstandenen Verlust ersetzt erhielte.³⁸ Es taucht daher die Frage nach der Ersatzbegrenzung auf, die hier nicht weiter zu verfolgen ist. Eine Einschränkung findet das Ersatzprinzip durch den Grundsatz der 'mitigation', der besagt, daß der vertragstreue Teil seinen Schaden nicht unnötig ausdehnen darf.³⁹ Es handelt sich nämlich bei der Zuerkennung des Schadenersatzes vor allem um einen Ausgleich, bei dem auch die Schuldnerinteressen Berücksichtigung finden, weil "das Recht tatsächlich nicht auf die Genugtuung (satisfaction), sondern auf die Teilung des Verlustes hinzielt"⁴⁰.

-
- 36) Lord Halsbury, L.C., in *The Medina* (1900) A.C.113, 116: "Nominal damages is a technical phrase which means that you are affirming by your nominal damages that there is an infraction of a legal right which gives you a right to the verdict or judgement because your legal right has been infringed". Es handelt sich dabei um den Grundsatz des 'iniuria sine damno', vgl. Mc.Gregor, *On Damages*, para.8, 293, 294; Lawson, *Remedies of English Law*, p.164; Atiyah, *Contract*, p.265; Chitty, para.1433.
- 37) *Robinson v. Harman* (1848) 1 Ex.850, 855; Street, *Principles of the Law of Damages*, p.240; Lawson, p.92; Cheshire-Fifoot, p.590. Dieser Grundsatz gilt mit Ausnahme der 'exemplary damages' für alle Fälle der Schadenzuerkennung im Vertragsrecht und im Recht der unerlaubten Handlungen, vgl. Street, p.2, 3. Dieses Prinzip zeigt zugleich die Äquivalenz der 'rescission' und der Rechtsfolge des Schadenersatzes, wobei lediglich die jeweilige Ausgestaltung verschieden ist.
- 38) Lord Asquith in *Victoria Laundry v. Newman* (1949) 2 K.B.528, 539; Hart and Honoré, *Causation in the Law*, p.281.
- 39) Pearson, L.J., in *Darbishire v. Warren* (1963) 3 All E.R.310, 315: "The plaintiff is not entitled to charge the defendant by way of damages with any greater sum than which he reasonably needs to expend for the purpose of making good the loss."; Treitel, *Contract*, p.652 seq.
- 40) *Hadley v. Baxendale* (1854) 9 Exch.342, 350 per J.S.Willes; Lawson, p.105; Samek, *The relevant time of foreseeability of damage in contract*, (1964) 38 A.L.J.125, 126.

Der Schadenersatz, der die wesentlichste Rechtsfolge der Vertragsverletzung darstellt, wird heute bei den einzelnen Leistungsstörungen noch nach verschiedenen Regeln zuerkannt;⁴¹ dieser Unterschied ist historisch bedingt.⁴² Die Tendenz, diese Rechtsfolge bei allen Leistungsstörungen zu vereinheitlichen, ist jedoch unverkennbar.⁴³

1. Mitigation

Eine Einschränkung des dem vertragstreuen Teile zustehenden Anspruches auf Schadenersatz wird dadurch vorgenommen, daß er gehalten ist, seinen Schaden möglichst gering zu halten.⁴⁴

Nach der Entscheidung *British Westinghouse Co. v. Underground Electric Railway Co. of London*⁴⁵ hat der Gläubiger eine Verpflichtung, alle zumutbaren Schritte zu unternehmen den Schaden zu mindern. Diese Schadenminderungspflicht wird mit dem engen sozialen Kontakt der Vertragsparteien begründet und beruht letztlich auf dem Gedanken, daß lediglich der dem Schuldner zuzurechnende Schaden ausgeglichen werden soll.⁴⁶

Fraglich ist, welches Verhalten die Schadenminderungspflicht vom Gläubiger verlangt. Nach allgemeiner Ansicht wird das 'concept

41) Siehe Devlin, *The treatment of breach of contract*, (1966) 24 C.L.J.192, 214; Treitel, *Contract*, p.223, 617.

42) Zur Geschichte des Schadenersatzes im Vertragsrecht siehe Washington, *Damage in contract at Common Law*, (1933/1934) 47 L.Q.R.345, 48 L.Q.R. 90. Hierbei spielen die verschiedenen Aktionsformen noch eine Rolle, die zwar durch die *Judicature Acts 1873-1875* aufgehoben wurden, aber "they rule us from their graves", vgl. Maitland, *The forms of action at Common Law*, p.1; Zweigert-Kötz, *Einführung in die Rechtsvergleichung I*, p.248 seq.

43) Siehe *Law Reform Committee para.16*, 10th Report, Cmnd.1782; Devlin, p.214, 215.

44) Treitel, *Contract*, p.652; Mc.Gregor, para.204 seq.

45) (1912) A.C.673, 689. Dem Beklagten obliegt die Beweislast dafür, daß der Kläger keine Schritte zur Schadenminderung unternommen hat, vgl. Mc.Gregor, para.212.

of mitigation' in drei 'rules' eingeteilt.⁴⁷ Nach der ersten und wohl umfassendsten kann der vertragstreue Teil denjenigen Schaden nicht ersetzt verlangen, der durch ihn vermeidbar gewesen wäre, sog. 'avoidable loss'.⁴⁸ Hierbei wird der Gläubiger lediglich als dazu verpflichtet angesehen, dasjenige zu tun, was im normalen Geschäftsleben, sog. 'ordinary course of business', als übliches Niveau (standard) anzusehen ist. Der Maßstab für dieses Verhalten ist nicht zu streng, da bei der Beurteilung davon ausgegangen wird, daß die Vertragsparteien sich wie 'reasonable men' verhalten.⁴⁹ Im normalen Geschäftsleben wird angenommen, daß der Gläubiger sofort nach Auftreten der Leistungsstörung ein erforderliches Deckungsgeschäft vornimmt, sofern ein ausreichender Markt dafür vorhanden ist.⁵⁰ Nach dieser 'rule' kann der vertragstreue Teil unter Umständen sogar dazu verpflichtet sein, ein Angebot des Schuldners bezüglich einer nicht dem ursprünglichen Verhaltensplan entsprechenden Erfüllungsmodalität anzunehmen.⁵¹

Nach den Grundsätzen der zweiten 'rule'⁵² kann der Gläubiger gegenüber dem vertragsuntreuen Teile denjenigen Schaden geltend machen, der ihm dadurch entstanden ist, daß er versucht hat, den

-
- 46) *Darbishire v. Warran* (1963) 1 W.L.R.1067, 1075 per Pearson, L.J.: "The plaintiff is not entitled to charge the defendant by way of damages with any greater sum than which he reasonably needs to expend for the purpose of making good the loss."
- 47) *Lawson*, p.97; *Chitty*, para.1482 seq.; *Street*, p.36 seq.; *Mc.Gregor*, para.205 seq.
- 48) *Chitty*, para.1483.
- 49) *Dunkirk Colliery Co. v. Lever* (1878) 9 Ch.D.20, 25; *Lawson*, p.97: "Both parties are assumed to be honest and reasonable. The law makes little provision for cases where they are dishonest or even malicious."
- 50) ss.50(3), 51(3) S.G.A.1893; *Dunkirk Colliery Co. v. Lever* (1878) 9 Ch.D.20, 25; *Atiyah*, *The Sale of Goods*, p.294; *Mc.Gregor*, para.217; *Treitel*, *Contract*, p.652.
- 51) *Payzu, Ltd. v. Saunders* (1919) 2 K.B.581, 589: "In commercial contracts, it is generally reasonable to accept an offer from the party in default", per *Scrutton*, L.J.; *Lawson*, p.98, 99; *Chitty*, para.1486.
- 52) Diese wird als Zusatz (corollary) zur ersten angesehen; vgl. *Mc.Gregor*, para.236 seq.

Schaden des Schuldners gering zu halten.⁵³ Dieser Schaden ist also nicht unmittelbare Folge der Leistungsstörung, sondern lediglich ein Schaden, der an Stelle des ursprünglichen getreten ist.⁵⁴ Unmaßgeblich in diesem Zusammenhang ist, daß der Schuldner dadurch größeren Schadenersatz leisten muß, als dies bei Anwendung der Grundsätze der 'remoteness' der Fall gewesen wäre.⁵⁵ Der vertragstreue Teil ist nämlich nicht dazu angehalten, den für ihn selbst billigeren Weg zu beschreiten;⁵⁶ er kann die im Verlaufe der Schadenminderung entstandenen Kosten ersetzt verlangen, z.B. die Prozeßkosten gegenüber einem Dritten,⁵⁷ oder die Kosten eines Deckungskaufes, der über dem vertraglich vereinbarten Preis lag.⁵⁸ Der Grund für die Ersatzpflicht dieser Beträge ist die geringere Möglichkeit des Gläubigers im Zeitpunkt der Entscheidung den Geschehensablauf mit seinen Resultaten so bestimmt voraussagen zu können, als dies der Schuldner im nachhinein im Zeitpunkt des Prozesses kann.⁵⁹

Ist es dem Gläubiger - das ist die dritte rule - gelungen, seinen aus der Leistungsverfehlung entstandenen Schaden dadurch gering zu halten, daß er Schritte unternommen hat, die eigentlich aufgrund des 'ordinary course of business' nicht von ihm hätten verlangt werden können, so wird diese Minderung bei der endgültigen Festsetzung der Sekundärleistung berücksichtigt,⁶⁰ sofern sie als

53) Lawson, p.97.

54) Mc.Gregor, para.236.

55) Wilson v.United Counties Bank (1920) A.C.102, 125; Mc.Gregor, para.237.

56) Lord Pearson in Darbishire v.Warren (1963) 1 W.L.R.1067, 1975: "In short, he is fully entitled to be as extravagant as he pleases but not at the expense of the defendant."

57) Lloyds and Scottish Finance v.Modern Cars and Caravans (Kingston) (1966) 1 Q.B.764; Treitel, Contract, p.653.

58) Melachrino v.Nicholl & Knight (1923) 1 K.B.693.

59) Mc.Gregor, para.237: "The general principle may be said that a plaintiff's intervening act reasonably taken to safeguard his interests, whether taken in the 'agony of the moment' or not, does not relieve the defendant of liability for the resulting loss."

60) British Westinghouse Electric Co. (1912) A.C.673, 689; siehe die Kritik bei Treitel, Contract, p.655; Chitty, para.1487; Lawson, p.101; Mc.Gregor, para.238.

'arising out of the consequences of breach' anzusehen ist.⁶¹ Wie die zur Schadenminderung jeweils erforderlichen Schritte beschaffen sein müssen, stellt sich als Tatsachenfrage dar und ist daher von den Umständen des Einzelfalles abhängig, wobei die Bewertung weitgehend nach objektiven Grundsätzen durchgeführt wird.⁶²

An diesen drei 'mitigation rules' und deren Anwendung zeigt sich also, daß auch der Schuldner, trotz seines Fehlverhaltens, in seinen Interessen geschützt wird.

III. Specific Performance

Dem vertragstreuen Teile kann trotz der Leistungsstörung daran gelegen sein, die im Vertragsverhältnis vereinbarte Primärleistung des Schuldners 'in natura' zu erhalten, also den Leistungsaustausch doch noch durchzuführen.⁶³ In diesem Falle verlangt der Gläubiger von Seiten des Gerichts die Anordnung eines 'decree of specific performance', das den Schuldner verpflichtet, seine Leistung doch noch zu erbringen. Die Einräumung der Gewährung der 'specific performance', das den Schuldner verpflichtet, seine Leistung doch noch zu erbringen. Die Einräumung der Gewährung der 'specific performance' seitens des Gerichts zeigt die rechtlich anerkannte Schutzwürdigkeit der Durchsetzung der Primärleistung seitens des Gläubigers, trotz der Vertragsverfehlung, weil diese ja durch wertauuffüllenden Schadenersatz ausgeglichen wird.⁶⁴

Aufgrund der Herkunft dieser Rechtsfolge aus Equity ist der vertragstreue Teil bisher nur unter bestimmten Voraussetzungen befugt,

61) Corbin, para.1039; Treitel, Contract, p.655; Mc.Gregor, para. 240.

62) Payzu, Ltd. v.Saunders (1919) 2 K.B.581; Street, p.39; Treitel, Contract, p.652.

63) Vgl.auch oben p. 85.

64) Cheshire-Fifoot, p.611.Zum römisch-rechtlichen Ursprung in der 'actio-arbitraria' und dem noch bestehenden theoretischen Unterschied zwischen Common Law und Civil Law siehe Pound, p.134-136; Lawson, p.205, 206, weist darauf hin, daß auch in England "early remedies were specific".

die 'specific performance' zu erlangen.⁶⁵

1. Voraussetzung der Gewährung der 'Specific Performance'

Der Anspruch auf Naturalerfüllung der Obligation ist bislang kein durchsetzbarer Anspruch (right); die Anordnung dieser Rechtsfolge steht weitgehend im Ermessen des Gerichts.⁶⁶ Dieses Ermessen ist aber soweit gebunden, daß bei Vorliegen der erforderlichen Voraussetzungen die Rechtsfolge ohne weiteres angeordnet wird.⁶⁷

Als Voraussetzungen werden dabei auch solche Umstände berücksichtigt, die 'at law' keine Beachtung finden; das hat seinen Grund in der Herkunft der 'specific performance' aus der Equity. Als solche Umstände sind anerkannt: Verhalten des Klägers,⁶⁸ ungerechtfertigte Härte gegenüber dem Beklagten (severe hardship)⁶⁹ und wenn der Vertragsschluß durch unlautere Mittel herbeigeführt worden ist.⁷⁰ Voraussetzung ist insbesondere, daß kein ausreichender Rechtsbehelf 'at law' besteht, also z.B. der Schadenersatzanspruch nicht zum Ausgleich ausreicht. Für die Frage der Angemessenheit des Schadenersatzes ist z.B. maßgebend, ob der vertragstreue Teil ohne weitere Schwierigkeiten in der Lage ist, sich ein entsprechendes Leistungsäquivalent anderweitig zu besorgen. Vor allem beim Kauf von Gattungssachen ist eine Ersatzbeschaffung in der Regel möglich, daher wird die Gewährung von Schadenersatz in diesem Fall als die adäquatere Rechtsfolge angesehen (superior remedy). Das erscheint sachentsprechend, da ein Deckungsgeschäft

65) Lawson, p.243; Cheshire-Fifoot, p.605, 606; Rheinstein, p.138 seq.; Friedmann, Law, p.157, 158. Siehe auch Buckland, The nature of contractual obligation, (1944) 8 C.L.J.247.

66) Stickney v. Keeble (1915) A.C.386, 419: "Equity will only grant specific performance if, under all the circumstances, it is just and equitable to do so."

67) Lamare v. Dixon (1873) L.R.6H.L.414, 423; Treitel, Contract, p.681; Lawson, p.243.

68) Lamare v. Dixon (1873) L.R.6 H.L.414.

69) Sullivan v. Henderson (1973) 1 W.L.R.333.

70) Walters v. Morgan (1861) 3 D.F. & J.718; Treitel, Contract, p.682; Cheshire-Fifoot, p.607.

einfacher und schneller vorzunehmen ist als die Anordnung auf Naturalerfüllung durchgesetzt werden kann.⁷¹

In anderen Fällen wird der Schadenersatz jedoch nicht als ad-äquate Rechtsfolge angesehen. So vor allem dann, wenn der Gläubiger nicht in der Lage ist, sich ein leistungsäquivalentes Substitut zu beschaffen. Dies wird bei Verträgen, die sich auf ein Grundstück beziehen, und bei Verträgen, deren Schuldnerleistung ein einmaliger Gegenstand ist (unique goods), z.B. Antiquitäten und Kunstwerke, angenommen.⁷² Die Einzigartigkeit des Gegenstandes scheint auch durch das Affektionsinteresse des Gläubigers bestimmt werden zu können.⁷³ Auch haben die Gerichte eine gewisse 'commercial uniqueness' anerkannt, wenn diese besonderen Gegenstände nicht ohne weiteres im Handel erhältlich sind,⁷⁴ z.B. bestimmte Maschinen oder eine Fabrikanlage.⁷⁵ Ausgleich durch Schadenersatz ist auch dann unzureichend, wenn seine Berechnung nicht auf gesicherte Grundlagen - wie Marktpreise und dergleichen - zurückgreifen kann.⁷⁶

'Specific performance' wird auch dann gewährt, wenn lediglich nomineller Schadenersatz zuzusprechen wäre, weil der vertragstreue Teil keinen in Geld ausgleichsfähigen Nachteil erlitten hat; erforderlich ist aber, daß der Schuldner die Leistung des Gläubigers erhalten hat. Dieser Regelung liegt das Prinzip zugrunde, daß der vertragsuntreue Teil nicht dadurch über Gebühr beeinträchtigt werden soll, daß er die vertraglich vereinbarte Primärleistung

71) Lawson, p.245.

72) Lawson, p.244, 245; Treitel, Contract, p.679.

73) Siehe die Urteilsbegründung von Harman, L.J., in *Darbishire v. Warran* (1963) 1 W.L.R.1067. Es ist jedoch kein englischer Fall bekannt, in dem die Entscheidung alleine darauf gestützt worden wäre; demgegenüber haben die amerikanischen Gerichte "sentimental attachment as sufficient" angesehen, vgl. Treitel, *Specific performance in the Sale of Goods*, (1966) J.Bus. L.211, 214.

74) *Behnke v. Bede Shipping Co.* (1927) 1 K.B.649; Treitel, *Specific performance*, p.215.

75) Treitel, *Contract*, p.679.

76) Treitel, *Specific performance*, p.216.

leisten muß, ohne selbst das Erfüllungskorrelat zu erhalten.⁷⁷ Dieses Prinzip findet sich auch dann, wenn die Gegenseitigkeit der 'specific performance' nicht gewährleistet ist.⁷⁸ Diese Voraussetzung ist z.B. dann gegeben, wenn der Beklagte dem Kläger einen Mietvertrag über ein Grundstück (lease of land) versprochen hat und der Kläger sich in diesem Vertrage seinerseits verpflichtet hat das Grundstück zu bebauen. Der Kläger kann durch 'specific performance' nicht dazu angehalten werden zu bauen, da es sich um eine persönliche Verpflichtung (personal service) handelt. Der Kläger kann aber dann Naturalerfüllung hinsichtlich des Mietvertrages verlangen, wenn er begonnen hat, das versprochene Gebäude zu errichten.⁷⁹ Hieran zeigt sich wieder die wechselseitige Abhängigkeit beider Leistungen im Störungsfalle. Diese Ansicht befindet sich damit in Übereinstimmung mit der neueren Auffassung bei der Vertragsverfehlung selbst und stellt deren logische Fortsetzung für die 'specific performance' dar.⁸⁰

Die Entscheidung, ob Schadenersatz oder 'specific performance' die angemessene Rechtsfolge ist, hängt mehr von den Umständen des Einzelfalles und nicht so sehr von dem jeweiligen Vertragstyp ab.⁸¹ Diese Verschiebung gegenüber früher läßt sich auch bei den sog. 'unenforceable contracts' nachweisen. Verträge, deren Inhalt eine 'specific performance' ausschloß - wie z.B. Dienstverträge⁸² -, werden durch Berücksichtigung der Besonderheiten des

77) Treitel, Contract, p.689; Beswick v.Beswick (1968) A.C.58.

78) Dieser Vorgang wird auch mit 'contracts which lack mutuality' bezeichnet. Hierbei sind die Ausnahmen jedoch größer als das 'principle' selbst, vgl.Treitel, Contract, p.688, 689.

79) Cleadon Trust v.Davies (1940) 1 Ch.940; Halkett v.Dudley (1907) 1 Ch.590, 596.

80) A.A.Cheshire-Fifoot, p.607, der auf den Zeitpunkt des Vertragschlusses abstellt und die Ausnahmen des 'principle' enger auslegt.

81) Nach der Auffassung von Lawson, p.245, soll die Anordnung der 'specific performance' im Kaufrecht nach s.52 S.G.A.1893 den Regelfall darstellen. Dieses Vorgehen befürwortet auch Treitel, Specific performance, p.211 seq.

82) Treitel, Contract, p.683 seq., führt dabei sechs verschiedene Kategorien auf.

Einzelfalles aus den die 'specific performance' beschränkenden Regeln herausgenommen.⁸³ Daher läßt sich feststellen, daß die Auffassung von dem besonderen Charakter der 'specific performance' weitgehend heute nur noch theoretischen Charakter hat. Die Rechtsfolge der 'specific performance' scheint gegenüber dem Schadenersatz gleichwertig werden zu können.⁸⁴

2. Die Entscheidung Beswick v. Beswick als Wendepunkt

Die Anerkennung der Naturalerfüllung der Obligation als dem Schadenersatz äquivalente Rechtsfolge, auf die der vertragstreue Teil einen Rechtsanspruch besitzt, kann in der Entscheidung Beswick v. Beswick⁸⁵ durch das House of Lords gesehen werden.⁸⁶

Der Entscheidung lag folgender Sachverhalt zugrunde: Peter Beswick hatte mit seinem Neffen, dem Beklagten, eine Vereinbarung getroffen, wonach er diesem sein Geschäft übertrug. Der Beklagte verpflichtete sich demgegenüber, Peter für den Rest seines Lebens als Berater einzustellen, ihm dafür ein wöchentliches Gehalt und nach seinem Tode seiner Frau eine Leibrente (annuity) zu bezahlen. Als Peter Beswick starb wurde seine Witwe Nachlassverwalterin, sog. 'administratrix'. Der Neffe leistete eine einzige Zahlung an sie, weigerte sich dann aber weiterhin seine vertraglich

83) Hill v. C.A. Parsons, Ltd. (1972) Ch.305; Lawson, p.249, 251: "Most of the difficulties in this part of the law seem to be characteristic of an age when there was little that could be called administration in the modern sense."; Pound, p.136: "Our courts of equity to the extent that they have the power to award specific relief can now make it complete and effective." Siehe rechtsvergleichend Rabel I, p.375 seq.

84) Evans Marshall & Co., Ltd. v. Bertola S.A. (1973) 1 W.L.R.349, 379: "The standard question, are damages an adequate remedy? might perhaps, in the light of the authorities in recent years, be rewritten: is it just in all the circumstances that the plaintiff should be confined to his remedy in damages?"; Lawson, p.245, 246, 257.

85) (1968) A.C.56.

86) Lawson, p.252: "There has commenced what may prove to be a radical change in the relation between specific performance and damages."

vereinbarten Leistungen zu erbringen. Daraufhin klagte Mrs. Beswick als Nachlaßverwalterin und in ihrer persönlichen Eigenschaft als Gläubigerin der Leibrente. Ihr Klagantrag lautete auf Naturalerfüllung.

Soweit die Witwe als Nachlaßverwalterin Klage erhoben hatte, wurde ihr stattgegeben, da sie als 'administratrix' diejenigen Rechte geltend machen kann, die ihrem Ehemann zu seinen Lebzeiten zur Verfügung standen. Die Law Lords haben in diesem Falle eine Pflicht zur Naturalerfüllung bejaht;⁸⁷ sie hielten die Rechtsfolge Schadenersatz nicht für angemessen. Der Schadenersatz wäre zu Lebzeiten von Peter 'at law' lediglich 'nominal' gewesen.⁸⁸ Der Beklagte hatte aber das Geschäft bereits erhalten, so daß Peter, wäre das Leibrentenversprechen zu seinen Lebzeiten erfolgt, dieses im Wege der 'specific performance' hätte durchsetzen können. Daher konnte auch die Klägerin 'specific performance' verlangen.⁸⁹

Lord Pearce nahm in seiner Urteilsbegründung auf die australische Entscheidung *Coulls v. Bagot's Executer and Trustree Co., Ltd.*⁹⁰ Bezug, in der Windeyer, J., ausgeführt hatte: "Es ist heute kein Grund dafür ersichtlich durch besondere Kategorien - im Gegensatz zu einem allgemeinen Prinzip - die Fälle, in denen specific performance angeordnet wird, zu beschränken. Ich glaube, es ist eine falsche Auslegung der vertraglichen Leistungspflichten zu sagen, daß das Recht den Versprechenden so behandelt, daß er ein Recht

87) Zu den Problemen des Vertrages zugunsten Dritter - auf die hier nicht eingegangen wird - siehe Rheinstein, p.111 seq.; Treitel, Contract, p.416 seq.; Lawson, p.255.

88) Demgegenüber vertrat Lord Pearce - auf p.88 - die Auffassung, der Schadenersatz wäre 'substantial' gewesen.

89) Vgl. die verschiedenen Urteilsanalysen bei Treitel, Contract, p.690; Lawson, p.252 seq.; Cheshire-Fifoot, p.606.

90) (1967) 40 A.L.J. 471, 488; siehe auch Lawson, p.252, 256.

hat zu wählen, ob er sein Versprechen erfüllen oder Schadenersatz leisten will."⁹¹

Nach der Auffassung von Lawson⁹² und Treitel⁹³ soll die Wahl der Rechtsfolge bei dem vertragstreuen Teile selbst liegen, wobei lediglich dann nicht auf 'specific performance' zu erkennen sein soll, wenn dadurch ein 'berechtigtes Interesse' (legitimate interest) des Beklagten verletzt würde.

In der Anerkennung der Naturalerfüllung als dem Schadenersatz gleichwertige Rechtsfolge zeigt sich zum einen eine verstärkte Durchsetzungsmöglichkeit des Erwartungsinteresses des Gläubigers im Störungsfalle; zum anderen tritt dadurch die Entscheidungsbefugnis des Gläubigers für den weiteren Vertragsablauf deutlich zutage.

Schlußbetrachtung

Voraussetzung für die Lösung der Erfüllungsverpflichtung wird immer mehr die Schwere der Vertragsverletzung; sofern keine anderweitige ausdrückliche Parteivereinbarung vorliegt, ist das Ausmaß der Abweichung von dem ursprünglich ins Auge gefaßten Verhaltensprogramm maßgebend. Für die Feststellung dieser Abweichung zeigt sich ein stärkeres Abstellen auf objektive Kriterien; der konkrete Parteiwille spielt demgegenüber für die Beurteilung eine geringere Rolle.

91) "There is no reason today for limiting by particular categories, rather than by general principle, the cases in which orders for specific performance will be made. I think it is a faulty analysis of legal obligations to say that the law treats the promisor as having a right to elect either to perform his promise or to pay damages."

92) Lawson, p.245, 257: "We have already in England reached the principle that specific performance is the normal remedy for breach of contract, and a refusal of it must be justified in specified types of case or on a special ground."

93) Treitel, Specific performance, p.211 seq.; Treitel, Contract, p.678.

Die Umsteuerung auf die Abwicklungsebene zeigt die Vorherrschaft der Gläubigerstellung. Ihre Berechtigung leitet sich aus dem Fehlverhalten des vertragsuntreuen Teiles her, der sein Verhalten nicht entsprechend dem ursprünglich vereinbarten Programm ausgerichtet hat. Die vertraglich festgelegte Risikoverteilung hat sich aufgrund des Fehlverhaltens zugunsten des Gläubigers verschoben. Er kann weitergehende Rechte daraus herleiten und gewinnt somit eine stärkere Stellung als der Schuldner. Er kann also die weitere Durchführung des Vertragsverhältnisses in verstärktem Maß selbst gestalten. Aber auch das Interesse des Schuldners wird dabei berücksichtigt und dadurch die Entscheidungsbefugnis des Gläubigers begrenzt.

Die Abwicklungsmöglichkeit der rescission mit dem Befreiungsanspruch bei der mere misrepresentation einerseits und das Festhalten am Verträge, trotz erfolgter Störung, mit den alternativen Möglichkeiten des Schadenersatzes und der Naturalerfüllung andererseits zeigen, daß beide im Prinzip auf der gleichen Grundlage beruhen. Maßgeblich ist auch hier der Gedanke einer Zweckerreichung. Bei der rescission erfolgt dies durch gegenseitige Rückgewährung der erbrachten Leistungen mit überschießendem Geldersatz. Bei dem Schadenersatz und der 'specific performance' wird das enttäuschte beziehungsweise verspätet erfüllte Erwartungsinteresse durch einen erhöhten Schadenersatz ausgeglichen, der bei der Naturalerfüllung zusätzlich zuerkannt wird.

Hierbei handelt es sich um Rechtsfiguren, die durchaus auch im deutschen Recht, zumindest nach neuerer dogmatischer Ansicht,⁹⁴ ihre Entsprechung finden.

94) Vgl.dazu Leser, Der Rücktritt vom Vertrag, p.290 seq.

Lebenslauf

Am 22.März 1946 wurde ich als einziger Sohn des Reg.-Bmstr.a.D., Dipl.Ing. Paul Feuerstein und seiner Ehefrau Frieda, geb.Klepp, in Worms a/Rhein geboren.

Nach dem Besuch der Volksschule und des Humboldt-Gymnasiums in Wiesbaden legte ich am 23.Februar 1966 die Reifeprüfung ab.

Vom Sommersemester 1966 studierte ich 4 Semester lang Rechtswissenschaft an der Philipps-Universität in Marburg; danach ging ich für ein Semester an die Johann-Wolfgang-Goethe-Universität in Frankfurt a/Main und kehrte im Wintersemester 1968/69 an die Universität Marburg zurück.

Das erste juristische Staatsexamen legte ich am 6.Juli 1972 ab.

Vom 1.August 1972 bis zum September 1973 war ich als wissenschaftliche Hilfskraft am Institut für Rechtsvergleichung, Anglo-Amerikanische Abteilung, der Philipps-Universität beschäftigt.

Anschließend begab ich mich für ein akademisches Jahr zwecks Anfertigung der Dissertation an die Universität in Cambridge, England.

Am 2.Dezember 1974 trat ich in den Vorbereitungsdienst des Landes Hessen ein.

Seit dem 6.Juni 1969 bin ich mit der Apothekerin Hannelore Sirges verheiratet. Unser Sohn Ingo kam am 29.September 1972 zur Welt.

